

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Daniel Lermen Jaeger¹

Seguindo a proposta de trabalho estabelecida, com vistas a um exame mais acurado das chamadas provas ilícitas, pretende-se explicar as provas proibidas, também denominadas de provas inadmissíveis, expondo os pontos polêmicos, diferenciando as provas ilícitas das provas ilegítimas e das provas ilícitas por derivação, dando ênfase às provas obtidas mediante a violação das comunicações telefônicas, de dados, epistolar e telegráfica, assim como à violação do sigilo bancário, apresentando a fundamentação legal concernente e a respectiva interpretação, com base nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correntes.

Inicialmente, cumpre referir que, apesar da existência do princípio do direito processual penal da verdade material, complementado pelo princípio da livre apreciação do conjunto probatório pelo magistrado, sem esquecer, ainda, das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, insculpidas no artigo 5º, inciso LV, de nossa Carta Magna, há, no sistema jurídico brasileiro vigente, uma considerável limitação à produção de provas para a instrução do processo penal (a qual estende-se também ao processo civil), constituindo, assim, o que a doutrina chama de prova proibida (Capez, 2004) ou inadmissível (Mirabete, 2002),

dentre outras diversas denominações. Isso porque “o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a vida do juiz e das partes” (Grinover, 2001, p. 130).

Frise-se que a Constituição Federal de 1988 veio pacificar aquilo que a doutrina majoritária já vinha entendendo, ao dispor, em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Contrario senso, havia parte da doutrina, previamente à Carta Constitucional de 1988, que entendia que “quem agiu *contra jus* deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça: *male captum bene retentum*” (Grinover *apud* Tourinho Filho, 2002, p. 225). No entanto, tal discussão mostra-se completamente descabida nos dias atuais, frente ao texto constitucional supra transcrito, servindo apenas como ilustração doutrinária.

Ainda, no que toca à chamada verdade material, norteadora do processo penal, há que se ressaltar que não pode ser tomada como absoluta, sob pena de acabar correspondendo ao ilimitado poder do juiz. Neste sentido, mostra-se extremamente interessante o seguinte posicionamento:

Por isso é que o termo ‘verdade material’ há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida (Grinover, 2001, p. 132).

Em uma sociedade que tem como princípio basilar a proteção da dignidade da pessoa humana, não se pode admitir a violação deste direito individual da mais alta relevância em prol de um interesse social, exercido através do processo penal e configurado pela vontade da sociedade de ver seus delinquentes punidos. Isto porque, de acordo com Tourinho Filho (2002), a tutela dos direitos individuais é um valor mais importante para a sociedade do que a repressão do delincente. Neste ínterim, mais uma vez se mostra oportuna a lição de que a dignidade humana é o objetivo a ser buscado:

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Univates, de Lajeado/RS. Trabalho apresentado na disciplina de Direito Processual Penal, sob a orientação do prof. Evandro Weisheimer, no semestre B/2004.

É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros (Grinover, 2001, p. 132).

Em suma, pode-se dizer que não é a norma proibitiva da admissibilidade das provas ilícitas que vem afastar do processo uma série de meios probatórios que poderiam, por fim, consubstanciar-se na aplicação da devida pena ao infrator, mas sim a própria Constituição Federal, através das garantias individuais elencadas em seu artigo 5º, dentre as quais cita-se, exemplificativamente, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, garantias estas dadas tanto ao delinqüente quanto ao indivíduo considerado de bem. Se realmente se quiser viver em uma sociedade em que as garantias individuais sejam efetivamente observadas, deve-se ter consciência da natural conseqüência disto decorrente, qual seja, uma sensível limitação ao *jus puniendi* de que o Estado é dotado.

Assevera a doutrina que as provas ditas **ilícitas** são uma das espécies do gênero provas proibidas, ou inadmissíveis, que é constituído, ainda, pelas provas ilegítimas e pelas provas ilícitas por derivação.

Diz-se que a prova é **ilegítima** quando a norma por ela afrontada tem natureza processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo (Capez, 2004). Como exemplo disso, Mirabete (2002) cita a ilegalidade da prova exibida durante o julgamento em plenário, referente a fato do processo, que não esteja juntada aos autos e nem tenha sido cientificada à parte contrária com o mínimo de três dias de antecedência, face ao artigo 475 do Código de Processo Penal. Como sanção a esta espécie de prova proibida, há a nulidade do ato cumprido e a ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto.

Já as **provas ilícitas**, objeto específico do presente estudo, consistem naquelas que “contrariam as normas de direito material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção” (Mirabete, 2002, p. 260). São, portanto, as provas colhidas “infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição, pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade” (Grinover, 2001, p. 133).

Além disso, a doutrina elenca uma terceira espécie de prova inadmissível, as denominadas **provas ilícitas por derivação**, ou seja, aquelas provas que, apesar de serem em si mesmas lícitas, foram produzidas por intermédio de informações obtidas através de prova ilicitamente colhida (Grinover, 2001, p. 137). É o que se dá, por exemplo, quando, mediante escuta telefônica (prova ilícita, como se verá na seqüência deste estudo), obtêm-se informações a respeito do lugar em que se encontra uma determinada quantidade de substância entorpecente, que, a seguir, é apreendida com a observância de todas as formalidades legais.

No Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido, com base na teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), que as provas ilícitas por derivação não podem ser aceitas no processo, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, o qual atinge todas as provas subseqüentes. Neste sentido, mostra-se interessante a observação do Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator no *Habeas Corpus* nº 69.912/RS:

Vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida (Tourinho Filho, 2.002, p. 235).

Neste mesmo sentido, transcrevem-se as seguintes Ementas:

HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. **É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa"**. 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (*Habeas Corpus* nº 74.116/SP, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julg. em 05.11.96, por empate. DJ 14.03.97. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=74116&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

FURTO QUALIFICADO. PROVA ILÍCITA. APREENSÃO DA 'RES FURTIVA' NA MORADIA DO AGENTE, AO ARREPIO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. CONFISSÃO POLICIAL OBTIDA A PARTIR DA APREENSÃO ILEGAL. **A prova derivada é tão ilícita quanto a que, por meios ilegais, foi inicialmente colhida (frutos da árvore venenosa).** Afastada a prova ilícita resulta intransponível a dúvida, em benefício do réu. Apelo provido. Por maioria. (Apelação Crime nº 298007758, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. Julg. em 07.05.98. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/pesq_jur.php>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei].

PROCESSO PENAL. PRISÃO POLICIAL PARA SIMPLES AVERIGUAÇÕES. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRISÃO ILEGAL. LEI Nº 7958, DE 1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. RECURSO DO MP. CONSTITUCIONAL. PROVA ILÍCITA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. DOCTRINA DA INVALIDADE PROBATÓRIA DOS FRUITS OF THE POISONOUS TREE. VEDAÇÃO DA ODIOSA PRISÃO PARA AVERIGUAÇÕES. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A Constituição Brasileira de 1988 adotou francamente a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI), assim entendidas as colhidas com infringência a disposições de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais, a regra constitucional ainda dá margem a construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando-se entre elas, por sua relevância, o princípio da proporcionalidade e a teoria das provas ilícitas por derivação, conhecida como dos frutos da árvore venenosa;

2. É vedada constitucionalmente a denominada prisão para averiguações (art. 5º, inciso LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos por em lei), tendo sido instruída a prisão temporária pela Lei nº 7.958, de 21.12.89, que veio a regulamentar tal tipo emergencial de custódia. **Considera-se ilícita a prova obtida através de prisão ilegal, sem flagrante delito nem ordem judicial** (STF, HC 70.277 - MG, RTJ 154/58);

3. **Se as confissões e gravações foram realizadas no período da detenção ilegal, fica contaminada toda a prova derivada para a formação do Juízo da certeza;**

4. A Carta Política de 1988 adotou francamente a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilegais (art. 5º, inc. LVI), assim entendidas as colhidas com infringência a disposições de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais. A regra constitucional ainda dá margem a construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando-se entre elas, por sua relevância, o princípio da proporcionalidade e a teoria das provas ilícitas por derivação, conhecida como dos frutos da árvore venenosa. Igualmente conhecido é o temperamento a que a própria Constituição submeteu a proibição, quando possibilitou, no inc. XII do art. 5º, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecesse para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

5. No caso concreto, não há que se falar em irrelevância do objeto ou que com segurança outras provas foram colhidas, independentemente da existência da proibida. **Adota-se a doutrina dominante no Supremo Tribunal Federal da invalidade probatória dos fruits of the poisonous tree, como sendo a única capaz de dar eficiência à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita** (STF, HC 69.912-O RJ, Pleno, jul. 16.12.93, DJU 25.03.94). **Confissões extrajudiciais calcadas pela ilegalidade não podem servir de**

patamar ao conjunto probatório derivado, sob a tese da razoabilidade, para dar prestabilidade à prova única e direta para a prolação de um decreto condenatório;

6. Recurso do Ministério Público improvido. (JRC). (Apelação Criminal nº 1998.050.03574, 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. Julg. em 02.05.2000, por maioria. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=JRPxWEB>>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

No entanto, cumpre ressaltar que, conforme Grinover (2001), tanto a doutrina internacional quanto a Suprema Corte norte-americana têm apresentado algumas limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada. Ou seja:

[...] excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira (Grinover, 2001, p. 137-138).

Este vem sendo também o entendimento da jurisprudência nacional, senão vejamos as seguintes Ementas:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. 1. **A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito.** 2. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. 3. **Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal.** 4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação. (*Habeas Corpus* nº 75.497/SP, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julg. em 14.10.97, por maioria. DJ 09.05.03. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=75497&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SUPOSTA QUADRILHA ESPECIALIZADA EM CONTRABANDO DE ARMAMENTO E NO SEU FORNECIMENTO A TRAFICANTES. ILEGALIDADE DE DECLARAÇÕES PRESTADAS EM SEDE DE VPI À AUTORIDADE POLICIAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROVA ILÍCITA E CONTAMINAÇÃO DE PROVAS DERIVADAS (TEORIA DOS *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*). OPORTUNIDADE PARA A DISCUSSÃO. QUESTÃO JÁ DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- Declarações prestadas à autoridade policial no curso de simples VPI (Verificação de Procedência de Informação - art. 5º, § 3º, do CPP), anteriores, portanto, à instauração do inquérito: nessa fase, o declarante

é tido como mero informante da polícia; sendo irrelevantes digressões sobre obediência às formalidades do interrogatório.

- Sobre estar, na oportunidade, de fato “preso” ou “detido” o declarante e sobre a ilegalidade dessa “prisão” ou “detenção”, necessárias se fazem maiores apurações, em dilação probatória que a via estreita do *writ* não comporta.

- A propósito, se o declarante se recusa a prestar certos esclarecimentos “oficialmente”, evidente que outros, precisamente aqueles constantes do termo de declarações que busca constituir, ele os prestou de modo espontâneo. Existência, nos autos, de sinais eloqüentes de que as declarações NÃO foram prestadas sob ameaças e/ou pressões violentas, mormente quando há versão do próprio recorrente no sentido de haver existido uma tentativa de acordo entre policiais e ele, com a finalidade de extorquir dinheiro do apontado chefe da suposta quadrilha.

- À teoria dos frutos da árvore envenenada impõem-se certas limitações, como as chamadas *independent source* e *inevitable discovery*. Assim, não há falar em contaminação: 1) se a conexão entre a prova ilícita e as dela derivadas verifica-se tênue, não configurando uma, a causa, e as outras, o efeito; ou, ainda, 2) quando as provas ditas derivadas podiam, de qualquer modo, ser descobertas por outros meios. Destarte, havendo nos autos dados demonstrativos da ampla possibilidade de apreensão das armas pelos policiais por outros meios absolutamente independentes da “*conversa informal*” invalidada como prova, não há pretender, com base na contaminação por derivação, desentranhar o auto de apreensão de dois fuzis RUGGER e farta munição, os quais, de todo modo, permaneceriam sob a tutela do Estado, porém sem título que a justificasse, o que seria inadmissível.

- Ademais, ao julgar *habeas corpus* anteriormente impetrado em favor do recorrente, a Suprema Corte decidiu, expressamente, que a tese dos *fruits of the poisonous tree* só poderá ser reacendida depois do eventual oferecimento de denúncia ou da prolação de sentença condenatória e, mesmo assim, no caso de aproveitamento relevante, numa ou noutra, de elementos derivados das provas declaradas ilícitas e mandadas desentranhar, não comportando maiores esforços interpretativos a passagem do voto condutor do v. acórdão, segundo a qual o estágio do procedimento, ainda em curso o inquérito policial, tornava inatendível a impetração quanto ao pleito de declaração da contaminação de provas ditas derivadas das ilícitas.

- O *habeas corpus* não configura meio idôneo ao específico fim de obter maiores esclarecimentos quanto ao alcance do voto condutor de v. acórdão proferido pelo E. STF, ao qual não foram oportunamente opostos embargos de declaração.

- Recurso improvido. Sentença confirmada. (Recurso de *Habeas Corpus* nº 2002.51.01.501285-8, 2ª Turma do TRF da 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa. Julg. em 04.06.03, un.. DJ 22.07.03. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106210%5C1%5C31%5C61426.rtf>>. Acesso em: 06.12.04.). [grifei].

Portanto, pode-se dizer que, via de regra, nem as provas ilícitas, nem as ilícitas por derivação, nem tampouco as provas ilegítimas podem ser admitidas como válidas no processo penal, ou, em outros termos, não é possível ao juiz fundamentar seu decisório em provas classificadas como inadmissíveis.

A exceção a esta regra fica por conta da aplicação do princípio da proporcionalidade, largamente adotado na jurisprudência alemã, segundo o qual

“nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra de equivalente grau de importância” (Capez, 2004, p. 269). Com base neste princípio constitucional, a doutrina dominante tem entendido que, em sendo a prova ilícitamente obtida necessariamente indispensável para a defesa do réu, não deve a mesma ser inadmitida. Além disso, há o entendimento de que, quando a prova aparentemente ilícita é colhida pelo próprio réu, a sua ilicitude é eliminada, já que configurada a hipótese de legítima defesa, que exclui a antijuridicidade (Mirabete, 2002; Grinover, 2001).

Este é também o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a Ementa que segue:

'Habeas corpus'. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). 'Habeas corpus' indeferido. (*Habeas Corpus* nº 74.678/SP, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. Julg. em 10.06.97, un.. DJ 15.08.97. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?PROCESSO=74678&CLASSE=HC&cod_classe=349&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 06.12.04.)

De forma mais radical, porém fundamentada em acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Capez (2004, p. 269-270) mostra-se favorável à admissão deste princípio da proporcionalidade também *pro societate*,

[...] pois o confronto que se estabelece é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. [...].

Feitas estas considerações, as quais são de vital importância para uma completa compreensão da atual situação jurídica das provas vedadas no cenário jurisdicional brasileiro, passo a uma análise mais pontual acerca das várias formas de provas ilícitas elencadas pela doutrina:

1 PROVAS ILÍCITAS OBTIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA OU TELEGRAMA

A restrição à utilização das provas obtidas através da violação de correspondências e telegramas encontra-se implícita no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que dispõe o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Salienta-se que este tópico não vem ocupando grande espaço no meio doutrinário, face à clareza do texto constitucional acima transcrito.

No entanto, é de se frisar o posicionamento de Capez (2004), segundo o qual não há, em qualquer ordenamento constitucional, garantias absolutas. Neste sentido, cita trecho da obra *Constituição federal anotada*, o qual se transcreve, uma vez que oportuno:

[...] Em regra, o direito de confidenciar algo íntimo a outrem não deve ser alvo de interferência, exceto, em hipóteses taxativas discriminadas na lei. De fato, não se justifica o sigilo absoluto em todos os casos. Ao invés, sua quebra é necessária para evitar a tutela oblíqua de condutas ilícitas ou práticas *contra legem*. A doutrina constitucional moderna é cediça nesse sentido, porque as garantias fundamentais do homem não podem servir de apanágio à desordem, ao caos, à subversão da ordem pública. [...] (Bulos *apud* Capez, 2004, p. 263-264).

Ainda, transcreve-se a seguinte Ementa do Egrégio Supremo Tribunal Federal, neste mesmo sentido:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

- A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei.

- A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (ÇPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal.

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

- O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (*Habeas Corpus* nº 70.814-5/SP, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julg. em 01.03.94, un.. DJ 24.06.94. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=70814&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06.12.04.). [grifos do Relator]

2 PROVAS OBTIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE DADOS

A Constituição Federal de 1.988, ao estabelecer, em seu artigo 5º, inciso XII, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, deixou claramente demonstrada a necessidade de ordem judicial para a instrução de procedimentos penais através de provas obtidas mediante a quebra do sigilo telefônico. No entanto, exige a Carta Magna a devida regulamentação legal para a obtenção de alvará judicial neste sentido, o que veio a ocorrer tão-somente com a publicação da Lei nº 9.296/96. Frente a esta exigência contida no texto constitucional, a jurisprudência nacional, em especial o Supremo Tribunal Federal, conforme as Ementas a seguir colacionadas, vinha entendendo, previamente à Lei nº 9.296/96, serem ilícitas quaisquer provas obtidas através da quebra do sigilo telefônico, mesmo que mediante autorização judicial:

Recurso extraordinário. 2. Penal. Crime de tráfico de entorpecentes. 3. **Escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei n.º 9.296, de 24.7.1996. Prova ilícita.** 4. Decisão condenatória que encontra apoio suficiente em fatos e provas autônomos e distintos da prova ilícita. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. 5. Não cabe, em recurso extraordinário, reapreciar o conjunto probatório, para afastar o que assentou o acórdão recorrido. Súmula 279. 6. Recurso

extraordinário não conhecido.” (Recurso Extraordinário nº 222.204/SP, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julg. em 25.05.98, por maioria. DJ 28.04.00. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=222204&origem=IT&cod_classe=437>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. **Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.** Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. (*Habeas Corpus* nº 81.154/SP, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julg. em 02.10.01, un.. DJ 19.12.01. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=81154&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

PROVA ILÍCITA - ESCUTA TELEFÔNICA - DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA - EVASÃO DE DIVISAS - OURO - AUTORIA - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. **No período anterior à Lei 9.296/96, mesmo quando autorizada judicialmente, a escuta telefônica era prova ilícita, que contaminava todas as outras provas dela resultantes, direta ou indiretamente.** Ainda assim, a desqualificação das provas ilicitamente obtidas não inutiliza de todo o conjunto probatório, que pode ser aproveitado na parte independente daquela viciada.

A doutrina dos frutos da árvore venenosa deve ser aplicada com prudente moderação, evitando-se os exageros que a desvirtuariam em conveniente escudo para a delinqüência de todas as espécies. A preservação da intimidade dos criminosos, por exemplo, não pode ser colocada acima dos legítimos interesses sociais, entre os quais avulta o combate à criminalidade.

O ouro é ativo financeiro e a sua remessa clandestina para o exterior configura o crime de evasão de divisas. Sendo insuficiente a prova da autoria, entretanto, impõe-se a absolvição dos réus. (Apelação Criminal nº 96.04.40586-1, Segunda Turma do TRF da 4ª Região. Relator: Juiz Fernando Quadros da Silva. Julg. em 20.09.00, por maioria. DJ 20.09.00. Disponível em: <<http://juris.cjf.gov.br/cjf/resultado.jsp?index=0&action=avancada.jsp&TRF4=TRF4&classe=&clas=&rel=&emen=&deci=&proc=9604405861&data1=&data2=&data3=&data4=&orga=&inde=&refl=&cata=&livreAvancada=&l=5>>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

Todavia, face às novas disposições legais, a quebra do sigilo telefônico tem sido admitida no procedimento penal, desde que observadas todas as exigências contidas na Lei nº 9.296/96, das quais ressaltam-se as seguintes: deve haver prévia autorização judicial; sua finalidade deve ser a instrução de investigação policial ou processo criminal; deve haver indícios razoáveis de autoria ou participação em crime; que o crime seja punido com reclusão; e somente pode ser admitida quando aquela prova não puder ser produzida por nenhum outro meio disponível (Capez, 2004).

Ponto controvertido no meio doutrinário é o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96, que estendeu a possibilidade de quebra do sigilo telefônico às comunicações de dados, mediante interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Parte dos doutrinadores tem entendido que este parágrafo é inconstitucional, já que o inciso XII do artigo 5º da Carta Magna admite apenas a interceptação de comunicações telefônicas, em que não se insere a transmissão de dados. Neste sentido:

A garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*). Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (Greco Filho *apud* Capez, 2004, p. 265).

Neste mesmo sentido, é interessante o posicionamento adotado por Grinover:

Segundo parte da doutrina, entretanto, a Constituição estaria cuidando somente de duas situações de sigilo – de um lado, a da correspondência, do outro, a das ‘comunicações telegráficas, de dados e telefônicas’ –, de modo que a possibilidade de quebra, ‘no último caso’, abrangeria todo o segundo grupo. Para rechaçar essa posição, basta observar que a reiteração da palavra ‘comunicações’, antes de ‘telefônicas’, indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere: se a ressalva abrangesse todo o segundo grupo, teria sido suficiente dizer ‘comunicações telegráficas, de dados e telefônicas’ (Grinover, 2001, p. 179).

De outra banda, Capez (2004, p. 264-265) entende que, em sendo a transmissão de dados efetuada através de uma linha telefônica, não haveria inconstitucionalidade alguma na sua interceptação, “uma vez que a comunicação telefônica é gênero, que comporta as seguintes espécies: transmissão telefônica da voz, de imagem, de dados e de sinais”. Diversa, ainda, a doutrina de Tourinho Filho (2002), que assim dispõe:

Diz-se que o último caso ali referido [no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal] pertine às comunicações telefônicas. Não nos parece. O último caso cuida ‘dos dados e das comunicações telefônicas’. Aparentemente a inviolabilidade do sigilo abrange quatro hipóteses: correspondência epistolar, telegráfica, de dados e das comunicações telefônicas. Se o texto estivesse assim, obviamente o último caso diria respeito à telefonia. Contudo a redação é diferente... O inciso XII cuida de dois grupos de coisas distintas. O primeiro versa sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas. O segundo e último trata dos dados e das comunicações telefônicas. Houvesse sido substituída a disjuntiva ‘e’ entre as palavras ‘correspondência’ e ‘das comunicações telegráficas’ por uma vírgula, a

interpretação seria outra. Como está, não. Trata-se de duas hipóteses: a) correspondência e comunicação telegráfica; b) de dados e das comunicações telefônicas (Tourinho Filho, 2002, p. 232).

Salienta-se que nem mesmo a jurisprudência tem se mostrado uníssona quanto a este tema, sendo que a nossa Corte Suprema sequer se manifestou a respeito. A título ilustrativo, transcreve-se os seguintes entendimentos jurisprudenciais, tendentes à admissão da quebra do sigilo de dados através da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. SIGILO DE DADOS. QUEBRA. BUSCA E APREENSÃO. INDÍCIOS DE CRIME. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. LEGALIDADE. CF, ART. 5º, XII. LEIS 9.034/95 E 9.296/96.

- Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial.

- A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público.

- A legislação integrativa do canon constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, 'o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiras e eleitorais' (Lei nº 9.034/95, art. 2º, III), bem como 'a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática' (Lei nº 9.296/96, art. 1º, parágrafo único).

- Habeas-corpus denegado. (Habeas Corpus nº 15.026/SC, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Vicente Leal. Julg. em 24.09.02, un.. DJ 04.11.02. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revista_eletronica/ita.asp?registro=200001264931>. Acesso em: 06.12.04.)

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO MINISTERIAL DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. EXISTÊNCIA DE SÉRIOS INDÍCIOS INDICADORES DO ENVOLVIMENTO DO APELADO NA OPERAÇÃO QUE, EM TESE, ENVOLVEU A OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO DA NATUREZA E ORIGEM DE BENS E VALORES PROVENIENTES DO DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS DESTINADAS À CONSTRUÇÃO DO FÓRUM TRABALHISTA DE SÃO PAULO. NECESSIDADE DA QUEBRA PARA FINS DE APURAÇÃO DE EVENTUAL PARTICIPAÇÃO NOS FATOS INVESTIGADOS. FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI. MAGNA CARTA, ARTIGO 5º, INCISO X E XII. GARANTIA RELATIVA. INTERESSES DE ORDEM PÚBLICA, SOCIAL E DA PRÓPRIA JUSTIÇA. LEI Nº 9.296/96. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA DE DEVASSA NA VIDA DO CIDADÃO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE CIDADANIA E DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ARTIGO 7º, II, DA LEI Nº 8.906/94. DESCABIMENTO DA INVOCAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL. ATUAÇÃO NÃO NA CONDIÇÃO DE ADVOGADO, MAS EM DECORRÊNCIA DO VÍNCULO FAMILIAR MANTIDO COM UM DOS CO-RÉUS. SIGILO PROFISSIONAL. NATUREZA RELATIVA. MEDIDA CAUTELAR. ARTIGO 240 DO CPP. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE QUALQUER TIPO DE PROCEDIMENTO

CRIMINAL. CARÁTER SIGILOSO DAS INFORMAÇÕES. RECURSO PROVIDO.

I. Havendo sérios indícios de envolvimento na operação de ocultação e dissimulação da natureza e origem de bens e valores provenientes do desvio de verbas públicas destinadas à construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, e tendo sido demonstrado que somente com a quebra do sigilo de dados será possível a apuração da eventual participação do apelado nos fatos investigados, de forma a possibilitar, inclusive, a obtenção dos elementos necessários para a formação da opinio delicti por parte do Ministério Público Federal, legal e pertinente é o pedido de quebra do seu sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático.

II. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XII, assegura a inviolabilidade da intimidade geral da pessoa e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, bem como de dados e comunicações telefônicas, salvo, no último caso, mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, razão pela qual é dado asseverar que os sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático não se constituem em garantia de caráter absoluto, podendo vir, em casos excepcionais, expressos em lei, a ser quebrados.

III. O caráter relativo do direito à privacidade encontra justificativa plausível, tendo em vista que, em determinadas circunstâncias, esse direito deve ceder espaço a interesses de ordem pública, social e da própria justiça, que reclamam deva o sigilo ser afastado.

IV. A interceptação de comunicações telefônicas, regulamentada pela Lei nº 9.296/96, somente pode ocorrer quando presentes os requisitos legais, consubstanciados na existência de indícios razoáveis da autoria ou participação de alguém em infração penal punida com reclusão, bem como na demonstração de necessidade da medida, de molde a que não possa a prova ser feita por outros meios disponíveis.

V. A expressão 'comunicações telefônicas' foi utilizada na Constituição Federal e na Lei nº 9.296/96, em sentido lato, englobando, inclusive, as comunicações realizadas através de sistemas de informática e telemática, por via de telefone, pelo que plenamente viável a sua interceptação e quebra do respectivo sigilo, dado que devidamente autorizados pelo legislador, para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

VI. As técnicas de comunicação se modernizaram, a permitir, assim, que inúmeros crimes extremamente graves possam ser cometidos pela via telefônica, mediante a utilização de recursos técnicos aptos a emitirem, transmitirem e receberem mensagens por meio de métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro ou visual, pelo que se restasse admitida somente a interceptação de sons e conversas, a persecução penal sofreria sérios cerceamentos, resultando em prejuízos à necessária elucidação dos fatos delituosos.

VII. Havendo indicação do período em que se pretende a quebra, com a menção das datas aproximadas em que teriam ocorrido os fatos, não há que se falar em devassa na vida do cidadão.

VIII. Se os fatos, objeto de investigação, não dizem respeito à condição de advogado do apelado, nem guardam vinculação com esse mister, mas, sim, decorrem do vínculo familiar mantido com um dos co-réus, a quebra dos sigilos não importa em violação aos princípios constitucionais de cidadania e do exercício profissional, a teor do que dispõe o artigo 7º, II, da Lei nº 8.906/94.

IX. Ademais, também o sigilo profissional não é de natureza absoluta, cedendo passo quando presentes circunstâncias que demonstrem a existência de um interesse público superior.

X. A presença do interesse público, no caso em apreço, deflui da existência de fatores de alta relevância para o erário, para o Judiciário e

para a sociedade, a determinar a necessidade da cabal apuração de todos os fatos que envolveram não só o desvio, mas também o destino dado ao dinheiro público, orçado em milhões de reais, e que deveria ter sido utilizado na construção de um prédio público, que abrigaria o Fórum Trabalhista de São Paulo, tendo em vista a necessidade de ser recuperado o produto da atividade delituosa.

XI. O pedido de quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático tem a natureza de medida cautelar preparatória, de caráter instrumental, pelo que a sua formulação independe da prévia abertura de inquérito policial ou da instauração de ação penal, conforme, inclusive, autoriza o artigo 240 do Código de Processo Penal, sendo necessário, somente, a presença de indícios de autoria delitiva e mínima prova da prática de uma infração penal, além do 'periculum in mora'.

XII. A Lei nº 9.296/96 também não condicionou a quebra do sigilo telefônico à prévia instauração de qualquer tipo de procedimento criminal, mas, tão-somente, à demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, punida com reclusão, em havendo indícios razoáveis da autoria ou participação desse ilícito penal e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis, podendo, portanto, revestir-se da natureza de medida cautelar preparatória.

XIII. Tanto a Lei nº 4.595/64, em seu artigo 38, par. 1º, quanto a Lei nº 9.296/96, em seu artigo 8º, cuidaram de assegurar o caráter sigiloso das informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, pelo que, ocorrendo a sua quebra, não fica o cidadão com a sua vida exposta ao conhecimento de todos, dado que continuam os dados resguardados, somente podendo a eles ter acesso aqueles que estão autorizados por lei e para o fim restrito e indispensável a que se destina, ou seja, para a investigação cabal dos fatos delituosos, pelo que não importará em devassa na vida do cidadão.

XIV. Recurso provido, para o fim de decretar a quebra do sigilo fiscal, bancário, telefônico e telemático do apelado a partir de janeiro de 1999, observadas as formalidades e resguardado o segredo legal na manutenção e tratamento dos dados. (Apelação Criminal nº 2000.61.81.007596-0/SP, Quinta Turma do TRF da 3ª Região. Relatora: Juíza Suzana Camargo. Julg. em 03.08.01, un.. DJU 04.09.01. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verpdf.php?pdfa=111446347>>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

Importante ressaltar, por fim, que a expressão “interceptação”, contida na Lei nº 9.296/96, deve ser entendida como a conduta de um terceiro, estranho à conversa, que se intromete e capta o diálogo dos interlocutores. Esta interceptação, conforme Capez (2004), pode se dar de duas formas: através da captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores, hipótese em que temos uma interceptação telefônica *stricto sensu*; ou mediante uma escuta telefônica, muito utilizada nos crimes de seqüestro, consistindo na captação da conversa com o consentimento de um dos interlocutores.

Há, por fim, uma terceira forma de quebra do sigilo telefônico, na qual o próprio interlocutor efetua a gravação da conversa, constituindo o que a doutrina denomina de *gravação telefônica* (Grinover, 2001). Nota-se que aqui não há a

figura do terceiro, razão pela qual não há que se falar em interceptação telefônica. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que a gravação telefônica não encontra-se inserida na garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo telefônico (artigo 5º, inciso XII), razão pela qual não há óbices à sua utilização como meio probatório no processo penal. A única ressalva ficaria por conta de uma eventual violação da garantia constitucional à intimidade, frente ao conteúdo acintoso da gravação, hipótese em que a prova seria considerada ilícita.

Neste sentido, transcreve-se a seguinte Ementa:

HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. **É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO.** É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA. (*Habeas Corpus* nº 75.338/RJ, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julg. em 11.03.98, por maioria. DJ 25.09.98. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=75338&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei].

3 PROVAS PRODUZIDAS ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

O procedimento de interceptação ambiental, ou entre presentes, pode se dar, a exemplo do que ocorre na interceptação telefônica, de duas formas: em uma primeira hipótese, temos a interceptação ambiental propriamente dita, na qual um terceiro, que se encontra no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio, capta a conversa entre dois ou mais interlocutores, sem o conhecimento de nenhum deles; ou, num segundo plano, a escuta ambiental, que ocorre nas mesmas condições da hipótese anterior, porém com o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores. Já a gravação ambiental é aquela em que o próprio interlocutor efetua a gravação do diálogo.

Vige no Brasil o entendimento de que, a menos que a conversa não seja reservada, nem seja proibida a sua gravação, a prova produzida nestes moldes é ilícita, por ferir a garantia constitucional à intimidade, prevista no artigo 5º, inciso

X, de nossa Carta Magna, e também por inexistir previsão legal a respeito. A única exceção fica por conta do contido na Lei nº 10.217/01, que, alterando a Lei nº 9.034/95, veio a admitir a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial, nos ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

A título ilustrativo, transcrevem-se os seguintes julgados:

PENAL - PROCESSO PENAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL - CONCUSSÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE AMPLAMENTE COMPROVADAS - FLAGRANTE PREPARADO - INOCORRÊNCIA - GRAVAÇÃO AMBIENTAL DE CONVERSA – PROVA ADMISSÍVEL - ARTIGO 297 DO CÓDIGO PENAL - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DOCUMENTOS ENCONTRADOS EM PODER DE TERCEIRO - IRRELEVÂNCIA - CONFIGURAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - PRESENÇA DAS CARACTERÍSTICAS ELENCADAS PELA DOUTRINA - AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DA PRÁTICA DE OUTROS DELITOS COM A UTILIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS FALSOS - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DELITO COMO CRIME MEIO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. Estão suficientemente descritos os fatos criminosos, imputados às rés, e as circunstâncias em que eles ocorreram, o que torna a denúncia apta a proporcionar o pleno exercício da defesa, como de fato ocorreu. Preliminar rejeitada.

2. Estão amplamente comprovadas a materialidade e a autoria do crime de concussão, por meio do auto de exibição e apreensão, das Ordens de Serviço falsas e dos depoimentos colhidos.

3. Não merece acolhida a tese da defesa, no sentido de que houve flagrante preparado, pois a configuração desse vício pressupõe a existência de um crime impossível, ou seja, que a consumação do delito se torne inviável. No entanto, no caso aqui tratado, o flagrante se deu após a consumação do delito, pois o crime de concussão é crime formal, que se consuma quando o agente exige a vantagem indevida, e não quando efetivamente recebe a vantagem, sendo este passo apenas exaurimento do crime.

4. Também não merece acolhida a alegação da defesa no sentido de que a sentença baseou-se em prova obtida por meio ilícito, no que toca a gravação da conversa entre as apelantes e a testemunha, pois a jurisprudência não entende que a gravação ambiental de conversa se configure como prova ilícita, ainda mais quando amparada por outras provas a demonstrar a ocorrência do delito.

5. A materialidade e autoria do crime de falsificação de documento demonstrada pelo laudo pericial documentoscópico.

6. É irrelevante que os documentos tenham sido encontrados em poder de terceiro, pois o delito de falsificação de documentos não refere-se ao porte de documentos falsos, mas sim a elaboração de referidos documentos.

7. Não deve prosperar a alegação da ré de que as Ordens de Serviço não eram documentos públicos, pois presentes todas as características elencadas pela doutrina, tais como serem peças escritas, firmadas pela

suposta autoridade competente e com possibilidade de gerar conseqüências no plano jurídico.

8. Não prospera a tese da defesa no sentido de que o crime de falsificação de documentos, perpetrado pela ré, cuidou-se de crime meio para alcançar o delito fim, pois não há notícia nos autos de qualquer outro crime praticado em face das empresas mencionadas nas Ordens de Serviço falsas.

9. Preliminar rejeitada. Recurso a que se nega provimento. Condenação mantida. (Apelação Criminal nº 1999.61.81.000818-7/SP, Quinta Turma do TRF da Terceira Região. Relatora: Juíza Ramza Tartuce. Julg. em 29.03.04, un.. DJ 20.04.04. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verrtf2.php?rtfa=63216947714780>>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

MATÉRIA PROCESSUAL. PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS. INEXISTÊNCIA. REGISTRO EM ÁUDIO DE CERIMÔNIA REALIZADA DURANTE REUNIÃO ABERTA AO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO À GRAVAÇÃO. CONCESSÃO DE ENTREVISTA POR PARTE DE PREPOSTO DO REPRESENTADO. ATO QUE TRADUZ ANUÊNCIA INCOMPATÍVEL COM IDÉIA DE INTRUSÃO MORALMENTE ILÍCITA NA INTIMIDADE ALHEIA. ARGÜIÇÃO AFASTADA. MATÉRIA ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI Nº 9504/97). OFERTA E ENTREGA DE BENS E VANTAGENS PESSOAIS A ELEITOR. CURSO GRATUITO DE INFORMÁTICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ATIVIDADE FILANTRÓPICA EXERCIDA HÁ ANOS EM PARceria COM INSTITUIÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. VANTAGEM COLETIVA INDISTINTAMENTE PROPORCIONADA À POPULAÇÃO. PEDIDO GENÉRICO DE VOTOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM PEDIDO INDIVIDUAL, ESPECÍFICO E VINCULADO À VANTAGEM PESSOAL OFERECIDA AO ELEITOR EM TROCA DE VOTO. REPRESENTAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

A lei não proíbe a filantropia. A ação social, assim como não veda aos candidatos fazer propaganda eleitoral no trimestre que antecede a data do pleito, o que a norma legal proíbe é o oportunismo eleitoreiro, a mercancia, a compra e venda, a troca da vantagem pessoal pelo voto do eleitor, a exploração da miséria material e política, a corrupção eleitoral, o desvirtuamento da vontade popular, para que o fato se caracterize como captação ilícita de sufrágio é imprescindível que seja praticado com o fim de obter o voto do eleitor. Ausente o elemento subjetivo do tipo não há se falar da ocorrência de infração ao artigo 41-a da Lei 9504/97.

(Representação nº 13397 (146240), Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Relator: Décio de Moura Notarangeli. Julg. em 03.12.2002. DOE 16.12.2002. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT12633492§ionServer=SP&docIndexString=0>>. Acesso em: 06.12.04.) [grifei]

4 VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL

Via de regra, o sigilo bancário e fiscal é inviolável, constituindo-se a sua quebra em uma medida excepcional. Razão pela qual diz-se que “a sua violação não pode ser empregada abusivamente, para localizar, por exemplo, bens para

serem penhorados, ainda que o exequente seja o Poder Público” (Capez, 2004, p. 266).

Atualmente, a violação do sigilo bancário e fiscal, como medida excepcional, é disciplinada pela Lei Complementar nº 105/01, a qual é regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01. Conforme dispõe a referida Lei Complementar, são consideradas instituições financeiras os bancos, as corretoras de valores, as bolsas de valores, as cooperativas de crédito, as distribuidoras de valores mobiliários e qualquer outra sociedade que venha a ser definida como tal pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 1º, § 1º).

Ressalta-se que, até a edição da Lei Complementar nº 105/01, encontrava-se em vigor a Lei nº 4.595/64, a qual tratava da quebra do sigilo bancário, e que autorizava apenas a autoridade judicial a efetuar esta violação. Todavia, frente às disposições contidas na Lei Complementar nº 105/01 e no restante do ordenamento jurídico-legal vigente, pode-se dizer que são atualmente autorizados a decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal:

a) O Poder Judiciário, desde que haja justa causa, sendo dispensável a prévia manifestação do titular do sigilo, quando demonstrado o *periculum in mora*.

b) As autoridades administrativas do Banco Central e agentes de fiscalização de quaisquer das esferas federativas, quando houver procedimento administrativo em andamento ou fundada suspeita de lavagem de dinheiro, evasão de divisas para paraísos fiscais etc., mediante requisição direta ou inspeção de funcionários do Governo, sem a necessidade de autorização do Poder Judiciário, conforme os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01, c/c o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal:

[...] sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, *facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.* [grifei]

c) Os representantes do Ministério Público, quando a investigação tenha por finalidade a apuração de dano ao erário, conforme dispõe o artigo 8º da Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº 75/93), combinado

com o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal. É de se frisar que o Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar a respeito, entendeu que o Ministério Público não pode determinar diretamente a quebra do sigilo bancário. Assim, transcrevem-se as seguintes Ementas:

- Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. (Mandado de Segurança nº 21.729/DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julg. em 05.10.95, por maioria. DJ 19.10.01. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=MS&processo=21729&origem=IT&cod_classe=376>. Acesso em: 06.12.04.)

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PODERES. LEI 8.625/93. Sigilo bancário. Quebra por requisição direta de Promotor Público. Impossibilidade.

A criação de novas hipóteses de quebra do sigilo bancário, não previstas na Lei 4.595/64, ou a forma de acesso a informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária, de que é espécie a Lei 8.625, de 12/02/93, instituidora da Lei Orgânica do Ministério Público.

Além disso, o art. 26, II, da referida Lei 8.625 contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo. O § 2º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, não de autorização de quebra de sigilo.

O acesso a informações bancárias, cobertas pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo Ministério Público através do Poder Judiciário. Habeas corpus deferido. (*Habeas Corpus* nº 2.352-8/RJ, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Assis Toledo. Julg. em 13.04.94,

un.. DJ 09.05.94. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=199300349767&data=09/05/1994>>. Acesso em: 06.12.04.)

Além disso, Capez (2004) entende que esta autorização é extensível aos Ministérios Públicos estaduais, tendo em vista que a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais (Lei nº 8.625/93) estabelece, em seu artigo 80, a aplicação subsidiária da Lei Orgânica do Ministério Público da União aos Ministérios Públicos estaduais.

d) As Comissões Parlamentares de Inquérito, de acordo com o artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, que confere às mesmas os poderes investigatórios das autoridades judiciais. Ressalta-se que não há, no meio jurídico, maiores controvérsias acerca da legitimidade destas comissões para a decretação da quebra do sigilo bancário e fiscal (e também telefônico), desde que haja fundamentos fáticos bastantes à esta violação, conforme se depreende da leitura das seguintes Ementas do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DE ROUBO DE CARGAS. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO, TELEFÔNICO E FISCAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. PRESENÇA DA PROBABLE CAUSE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Se os atos judiciais são nulos quando destituídos de fundamentação (CF, artigo 93, IX), nulos também são os das CPIs, a quem o § 3º do artigo 58 da Constituição confere "os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias". Precedentes. 2. O Tribunal já firmou entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito são dotadas de poder investigatório, ficando assentado que devem elas, a partir de meros indícios, demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a quebra do sigilo. 3. Depoimento do impetrante e acareação com testemunha que o acusara de receptor. Coincidência com declarações de outra testemunha. Relatório da Polícia Federal. Causa provável ensejadora da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico. Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 24.217/DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julg. em 28.08.02, un.. DJ 18.10.02. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=MS&processo=24217&origem=IT&cod_classe=376>. Acesso em: 06.12.04.)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - ROUBO DE CARGAS. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO DO IMPETRANTE COM BASE EM MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. EXCEPCIONALIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA VIDA PRIVADA DOS CIDADÃOS SE REVELA NA EXISTÊNCIA DE FATO CONCRETO. AUSÊNCIA DA CAUSA PROVÁVEL JUSTIFICADORA DAS QUEBRAS DE SIGILO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança nº 24.135/DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Nelson Jobim. Julg. em 03.10.02, un.. DJ 06.06.03. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/juris>>.

prudencia/IT/frame.asp?classe=MS&processo=24135&origem=IT&cod_classe=376>. Acesso em: 06.12.04.)

5 OUTRAS ESPÉCIES DE PROVAS ILÍCITAS

Finalmente, a doutrina elenca, sem contudo dar grande ênfase, mais algumas espécies de provas obtidas através da violação de direitos materiais, constituindo, desta forma, provas classificadas como ilícitas. Assim, passa-se a citar estas poucas espécies de provas ilícitas referidas pela doutrina ainda restantes (Capez, 2004; Mirabete, 2002):

a) As provas obtidas com a violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou mediante determinação judicial (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal).

b) As provas produzidas através da prática de atos eivados com o abuso de poder, tal como a tortura (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal).

c) As provas colhidas através da prática de outros ilícitos penais, como o furto, a apropriação indébita e a violação de sigilo profissional, dentre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestes termos, resta inquestionável a importância que tem esta proibição constitucional à utilização de provas ilícitas no processo penal, haja vista que, em uma sociedade democrática, como o é a nossa, deve haver um relativo equilíbrio entre as garantias individuais e o direito de punir de que é dotado o Estado. Isto porque o cidadão não pode ter os seus direitos individuais simplesmente violados pelo Estado.

Há de se ressaltar, ainda, que, conforme supra referido, esta proibição à utilização de provas ilícitas consiste em uma imposição constitucional, razão pela qual este impedimento deve ser contemplado com o mais alto respeito pelo sistema jurídico brasileiro.

Não obstante, conforme refere parte da doutrina, não haveria a necessidade de constar no rol de garantias individuais de nossa Carta Constitucional esta proibição à utilização de provas ilícitas no processo penal, uma vez que esta vedação se dá em função de todas os demais direitos/garantias materiais existentes em nosso sistema jurídico.

Por fim, no que toca à atual situação legal, doutrinária e jurisprudencial das provas ilícitas no sistema jurídico brasileiro, entende-se que o tema vem sendo razoavelmente bem desenvolvido. Contudo, parece ser necessário muito trabalho ainda para tornar pacífica a sua compreensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Processual penal. Habeas-Corpus. Sigilo de dados. Quebra. Busca e apreensão. Indícios de crime. Investigação criminal. Legalidade. CF, art. 5º, XII. Leis 9.034/95 e 9.296/96. Habeas Corpus nº 15.026/SC. 6ª Turma. Relator: Ministro Vicente Leal. Paciente: Luciano Hang. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Brasília, DF, 24 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 04 nov. 2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200001264931>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministério Público Estadual. Poderes. Lei 8.625/93. Sigilo bancário. Quebra por requisição direta de Promotor Público. Impossibilidade. Habeas Corpus nº 2.352-8/RJ, 5ª Turma. Relator: Ministro Assis Toledo. Impetrantes: Ariovaldo Manoel Vieira e outros. Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacientes. Vera Lucia Solla Augusto e outra. Brasília, DF, 13 abr. 1994. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 09 mai. 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199300349767&data=09/05/1994>>. Acesso em: 06 dez. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Crime de tráfico de entorpecentes. Prova ilícita: escuta telefônica. Habeas Corpus nº 74.116/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Paciente: Nuno dos Santos Fernandes. Coator: Tribunal de Justiça dos Estado de São Paulo. Brasília, DF, 05 nov. 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 14 mar. 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=74116&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Estrutura formal da sentença e do acórdão. Observância. Alegação de interceptação criminosa de

carta missiva remetida por sentenciado. Utilização de cópias xerográficas não autenticadas. Pretendida análise da prova. Pedido indeferido. Habeas Corpus nº 70.814-5/SP. 1ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Ulisses Azevedo Soares. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 01 mar. 1994. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 24 jun. 1994.

Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=70814&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06 dez. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Formação de quadrilha. Condenação fundamentada em prova obtida por meio ilícito. Nulidade. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Habeas Corpus nº 81.154/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pacientes: Joivaldo Troyse Borges da Silva e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 02 out. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 19 dez. 2001. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=81154&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. Habeas Corpus nº 75.338/RJ. 2ª Turma. Relator: Ministro Nelson Jobim. Paciente: Ademir Afonso Guimarães. Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, DF, 11 mar. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 25 set. 1998. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=75338&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06 dez. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Prova ilícita: escuta telefônica. Corrupção ativa. Falta de fundamentação na dosagem da pena: improcedência. Habeas Corpus nº 75.497/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Paciente: João Aparecido Ferraz Neto. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 14 out. 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 09 mai. 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=HC&processo=75497&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Habeas Corpus nº 74.678/SP, 1ª Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Luiz Marcos Klein. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 10 jun. 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 ago. 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?PROCESSO=74678&CLASSE=HC&cod_classe=349&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 06.12.04.)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de roubo de cargas. Quebra do sigilo bancário, telefônico e fiscal. Necessidade de fundamentação do ato impugnado. Presença

da probable cause. Mandado de Segurança nº 24.217/DF. Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Impetrante: José Fuscaldi Cesílio. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Brasília, DF, 28 ago. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 18 out. 2002. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=MS&processo=24217&origem=IT&cod_classe=376>. Acesso em: 06 dez. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Constitucional. Comissão Parlamentar de Inquérito - roubo de cargas. Quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico do impetrante com base em matérias jornalísticas. Mandado de Segurança nº 24.135/DF. Pleno. Relator: Nelson Jobim. Impetrante: Hugo Wolovikis Braga. Impetrada: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Brasília, DF, 03 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 06 jun. 2003. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=MS&processo=24135&origem=IT&cod_classe=376>. Acesso em: 06 dez. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. Mandado de Segurança nº 21.729/DF. Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Procurador-Geral da República. Brasília, DF, 05 out. 1995. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 19 out. 2001. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=MS&processo=21729&origem=IT&cod_classe=376>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Penal. Crime de tráfico de entorpecentes. Escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei n.º 9.296, de 24.7.1996. Prova ilícita. Decisão condenatória que encontra apoio suficiente em fatos e provas autônomos e distintos da prova ilícita. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Recurso Extraordinário nº 222.204/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Néri da Silveira. Recorrente: Luis Antônio Pio. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, DF, 25 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 28 abr. 2000. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=222204&origem=IT&cod_classe=437>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual penal. Recurso de *Habeas Corpus*. Inquérito policial instaurado para apuração da existência de suposta quadrilha especializada em contrabando de armamento e no seu fornecimento a traficantes. Ilegalidade de declarações prestadas em sede de VPI à autoridade policial. Necessidade de dilação probatória. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (teoria dos *fruits of the poisonous tree*). Oportunidade para a discussão. Questão já decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 2002.51.01.501285-8. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa. Recorrente: Francisco Agathos Trivelas. Recorrido: Delegado de Polícia Civil Herald Paquete Espinola Filho. Rio de Janeiro, RJ, 04 jun. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 jul. 2003.

Disponível em:

<<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106210%5C1%5C31%5C61426.rtf>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação criminal. Pedido ministerial de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático. Necessidade da quebra para fins de apuração de eventual participação nos fatos investigados. Formação da opinio delicti. Magna Carta, artigo 5º, inciso X e XII. Garantia relativa. Interesses de ordem pública, social e da própria justiça. Lei nº 9.296/96. Compatibilidade com a Constituição Federal. Inocorrência de devassa na vida do cidadão. Princípios constitucionais de cidadania e do exercício profissional. Artigo 7º, II, da lei nº 8.906/94. Descabimento da invocação de sigilo profissional. Atuação não na condição de advogado, mas em decorrência do vínculo familiar mantido com um dos co-réus. Sigilo profissional. Natureza relativa. Medida cautelar. Artigo 240 do CPP. Desnecessidade de prévia instauração de qualquer tipo de procedimento criminal. Caráter sigiloso das informações. Apelação Criminal nº 2000.61.81.007596-0/SP. 5ª Turma. Relatora: Juíza Suzana Camargo. Apelante: Justiça Pública. Apelado: Francisco Antonio Azevedo. São Paulo, SP, 03 ago. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 04 set. 2001. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verpdf.php?pdfa=111446347>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Penal. Processo penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Preliminar rejeitada. Artigo 316 do Código Penal. Concussão. Autoria e materialidade amplamente comprovadas. Flagrante preparado. Inocorrência. Gravação ambiental de conversa. Prova admissível. Artigo 297 do código penal. Falsificação de documento. Autoria e materialidade comprovadas. Documentos encontrados em poder de terceiro. Irrelevância. Configuração de documento público. Presença das características elencadas pela doutrina. Ausência de notícia da prática de outros delitos com a utilização dos documentos falsos. Impossibilidade de reconhecimento do delito como crime meio. Apelação Criminal nº 1999.61.81.000818-7/SP. 5ª Turma. Relatora: Juíza Ramza Tartuce. Apelantes: Cleusa Maria Pfeifer e outra. Apelada: Justiça Pública. São Paulo, SP, 29 mar. 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verrtf2.php?rtfa=63216947714780>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Prova ilícita. Escuta telefônica. Doutrina dos frutos da árvore venenosa. Evasão de divisas. Ouro. Autoria. Insuficiência de provas. Apelação Criminal nº 96.04.40586-1. 2ª Turma. Relator: Juiz Fernando Quadros da Silva. Apelante: Idenir Demarco Caldas. Apelado: Ministério Público Federal. Porto Alegre, RS, 20 set. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 20 set. 2000. Disponível em: <<http://juris.cjf.gov.br/cjf/resultado.jsp?index=0&action=avancada.jsp&TRF4=TRF4&classe=&clas=&rel=&emen=&deci=&proc=9604405861&data1=&data2=&data3=&data4=&orga=&inde=&refl=&cata=&livreAvancada=&l=5>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO Filho, Vicente. **Interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____ ; FERNANDES, Antonio Scarence; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo penal. Prisão policial para simples averiguações. Confissão extrajudicial. Ilícitude da prova. Vedação constitucional. Prisão ilegal. Lei nº 7958, de 1989. Prisão temporária. Recurso do MP. Constitucional. Prova ilícita. Confissão extrajudicial. Doutrina da invalidade probatória dos fruits of the poisonous tree. Vedação da odiosa prisão para averiguações. Posição do Supremo Tribunal Federal. Apelação Criminal nº 1998.050.03574. 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. Rio de Janeiro, RJ, 02 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=JRPxWEB>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Furto qualificado. Prova ilícita. Apreensão da 'res furtiva' na moradia do agente, ao arrepio das normas constitucionais. Confissão policial obtida a partir da apreensão ilegal. Apelação Crime nº 298007758. 2ª Câmara Criminal. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. Apelante: Clovis Augusto da Rosa. Apelada: a Justiça. Porto Alegre, RS, 07 mai. 1998. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/pesq_jur.php>. Acesso em: 06 dez. 2004.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Eleitoral. Matéria processual. Prova ilícita. Gravações clandestinas. Inexistência. Registro em áudio de cerimônia realizada durante reunião aberta ao público. Ausência de oposição à gravação. Concessão de entrevista por parte de preposto do representado. Ato que traduz anuência incompatível com idéia de intrusão moralmente ilícita na intimidade alheia. Argüição afastada. Matéria eleitoral. Captação ilícita de sufrágio (art. 41-a da Lei nº 9504/97). Oferta e entrega de bens e vantagens pessoais a eleitor. Curso gratuito de informática. Ausência de elemento subjetivo do tipo. Atividade filantrópica exercida há anos em parceria com instituições da sociedade civil. Vantagem coletiva indistintamente proporcionada à população. Pedido genérico de votos que não se confunde com pedido individual, específico e vinculado à vantagem pessoal oferecida ao eleitor em troca de voto. Representação nº 13397 (146240). Relator: Décio de Moura Notarangeli. São Paulo, SP, 03 dez. 2002. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 16 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencza/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT12633492§ionServer=SP&docIndexString=0>>. Acesso em: 06 dez. 2004.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.