

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

PROVAS ILÍCITAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

M
343.9
N 244P
Ac. 84588
R 13879374

FORTALEZA – CE 2002.

**AS PROVAS ILÍCITAS E INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA**

FRANCISCO ADRIANO LUZ NASCIMENTO

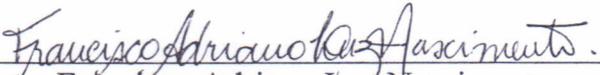
143404

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Elaboração de Monografia Jurídica da Faculdade de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito Pela Universidade Federal do Ceará (U.F.C.).

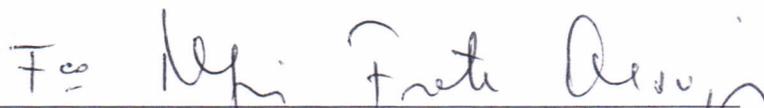
FORTALEZA - CEARÁ 2002.

Esta monografia foi submetida à apreciação da banca examinadora como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade federal do Ceará. (U.F.C.).

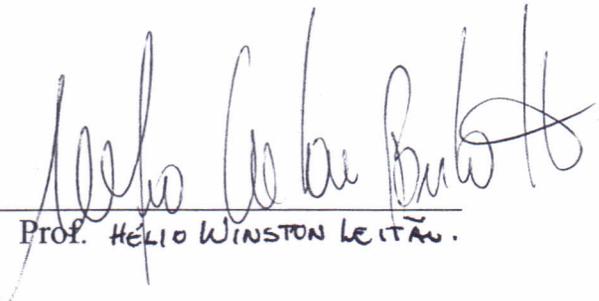
A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que seja feita de conformidade com as normas técnicas científicas.


Francisco Adriano Luz Nascimento

MONOGRAFIA APROVADA EM 20/09/02


Prof. FRANCISCO RÉGIS FROTA ARAÚJO (6490)
Orientador


Prof. ALIDA BOTELHO MAGALHÃES.


Prof. HÉLIO WINSTON LEITÃO.

SUMÁRIO

1. Prova: Noções Gerais.	Pág. 01
2. A Prova Ilícita.	Pág. 04
3. A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade.	Pág. 08
4. O Art. 5º. e seu inciso XII e a Lei 9296/96.	Pág. 10
5. Conclusão.	Pág. 14
6. Dados Bibliográficos.	Pág. 15
7. Anexo – Decisões sobre o Tema.	Pág. 17

RESUMO

O presente trabalho, procura, de forma modesta abordar aspectos relevantes no que concerne de um modo geral às provas ilícitas, dando relevo à escuta telefônica, haja vista ser esse ainda um tema presente em nosso cotidiano, pois muitos são os casos de escutas ilícitas, que dão origem a escândalos nacionais de ordem política.

Procuramos ainda apontar os vícios de ordem legal que torna ilícita a prova colhida para instrução penal, se não observados na sua íntegra.

A finalidade deste humilde trabalho é procurar contribuir para aumentar as fontes de pesquisa sobre o tema.

A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica contando com a seleção de autores renomados e seus valiosos aparatos doutrinários. Além do método doutrinário, será dado enfoque ao jurisprudencial, destacando os diversos entendimentos dos Tribunais Superiores acerca do tema.

I – PROVA: NOÇÕES GERAIS

Na definição de Fernando da Costa Tourinho Filho, prova é “o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação de *thema probandi*”. A palavra prova, pode ser aceita sob três aspectos: a) provas como meio de prova; b) a prova como ação de provar e c) a prova como fenômeno psicológico; para tornar mais claro a questão tridimensional abordada acima falaremos sobre cada um desses itens. A palavra prova usada como meio é tudo aquilo produzido pelas partes ou recolhidos pelo juiz a fim de estabelecer no processo a existência dos fatos que são: a prova testemunhal, a prova documental dentre outras. A prova como ação é o ato (movimento) que se destine a produzir prova; dada pelo juiz na apreciação do confronto entre fato alegado e a prova em si, este sistema é conhecido como da apreciação racional do juiz o que é diferente de outro sistema denominado de prova legal cuja característica é impor a verdade ao juiz. Embora haja uma divergência desses dois meios de prova, há em nosso arcabouço jurídico o sistema da prova legal (em maioria substancial) e o da prova legal (em pouquíssima proporção) cuja constitucionalidade é discutível à luz do princípio da admissibilidade de provas Consagrada na Constituição (art. 5º LVI) e também desde que não seja ilícita.

Quando se coloca em questão a admissibilidade de uma determinada conduta modificativa ou extintiva de direito com relação ao réu nos resta saber quem e quando deve provar algo, isso se chama ônus, que nas palavras de Barbero¹: “A necessidade de agir de certo modo para a tutela de interesse próprio” e observado o disposto no artigo 156 do CPP “A prova da alegação, incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá no curso da instrução ou antes de transferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre o ponto relevante”. O que devemos observar, não é, a fuga ao

¹ Sistema istituzionale de Diritto Privato Italiani, pág 58, Santoro Pascarelli, Doutrine generale Del diritto Civile, pág 74.

princípio da imparcialidade. O artigo supra citado dá toda a diretriz no que concerne ao ônus da prova e uma exceção quanto à produção da mesma. Seria quebrar a imparcialidade do juiz (pressuposto processual subjetivo)? Na verdade não é isso que acontece. Existe um princípio informativo do processo penal chamado de verdade real ou seja; o direito processual penal não se conforma com meias verdades ou verdades aparentes visto que está em jogo a liberdade do indivíduo e não seria justo (aqui com uma acepção jusnaturalista) o mesmo perdê-la sem a apuração da verdade dos fatos; na verdade, enquanto o juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por ele debatidos, no processo penal o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou para dar base certa à justiça. No processo penal excepcionalmente, o juiz penal se curva à verdade material; não dispondo de meios para assegurar o império da verdade e, quando isso ocorra, deve o juiz absorver o réu, pois a falta de certa materialidade na apuração dos fatos, enquanto que, no processo civil vigoram as presunções, as ficções, as transações, elementos todos contrários à declaração da certeza da verdade material. No civil, por razões óbvias, o valor da confissão é imensurável (CPC art. 343 § 1º). No penal, embora se trate daquilo que se chamava *regina probatorum*, seu valor não é tão forte, porque, muitas vezes, o confitente declara haver praticado uma infração penal sem que entretanto a houvesse perpetrado. Como conclusão pode-se afirmar que, embora o princípio da verdade real não vigore em toda sua pureza no processo penal aqui, ela é mais intensa que no civil.

Terminologicamente falando, usa-se a nomenclatura prova ilícita e prova ilegítima, o que não se trata das mesmas coisas. Diz-se que uma prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, prova ilegítima quando fere as normas natureza processual. “Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima; quando pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”²

² Ada P. Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães G. Filho. “As nulidades do Processo Penal, pág 115.

Doutrinariamente, as provas são classificadas quanto a: a) ao objeto; b) em razão do valor; c) reativa ao sujeito ou causa; d) quanto à forma ou aparência. Com referência ao item “a” temos: a.1) prova direta (quando por si só demonstra um fato, refere-se diretamente ao *fato probando*) a.2) prova indireta (quando alcança fato principal por meio de raciocínio lógico dedutivo, levando-se em consideração outros fatos por exemplo álibi). Com referência ao item “b” temos: b.1) prova plena (prova convincente, ou necessária para a formação de um juízo de certeza); b.2) Não plena ou indiciário (trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade muito utilizada em certas fases processuais por exemplo para decretação de prisão preventiva etc.). Com relação ao item “c” temos: c.1) prova real (prova consistente em uma coisa externa e distinta da pessoa por exemplo lugar, cadáver, arma, etc.); c.2) pessoal (são aqueles que encontram sua origem na pessoa humana, consiste em afirmações pessoais e conscientes por exemplo interrogatório, depoimento, etc.). Quanto ao item “d”: d.1) prova testemunhal (resultante de depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos do seu conhecimento pertinentes ao litígio); d.2) prova documental (produzidas por documentos “latu sensu”); d.3) prova material (obtida por meio químico, físico ou biológico por exemplo exames, vistorias, etc.)

Outra questão relevante no que concerne às provas são seus princípios gerais. Se não, vejamos:

1. **Princípio da auto responsabilidade das partes:** as partes têm o ônus de produzir tais provas sob pena de sua inatividade, erro ou atos intencionais.
2. **Princípio da audiência contraditória:** toda prova admite uma contraprova, não sendo admissível a prova sem o conhecimento da outra parte.
3. **Princípio da aquisição ou comunhão da prova:** as provas não servem só a uma parte se não ao processo e a ambas as partes pois são destinadas a vincular a convicção do Órgão Julgador.
4. **Princípio da Oralidade:** É necessário que haja a predominância da palavra falada (depoimentos, debates e alegações); os depoimentos são orais não podendo haver substituição por outros meios.
5. **Princípio da Concentração:** Como consequência do princípio da oralidade, procura-se condensar toda produção de prova em meios.

6. **Princípio da Publicidade:** Os atos Judiciais (e portanto a produção de provas) são públicas com exceção do segredo de justiça.
7. **Princípio do livre convencimento motivado:** As provas não são valoradas previamente pela legislação; logo o julgador tem liberdade de apreciação. Limitado aos fatos abarcados pelos autos.

II – A PROVA ILÍCITA

Depois de fazermos um breve aparato sobre o tema provas vamos nos direcionarmos agora, à prova lícita, como já ressalvamos a questão terminológica da prova ilícita e ilegítima consideraremos para efeito prático, ambas sinônimos, pois tal distinção é meramente doutrinária e de pouquíssima relevância prática, mesmo assim, podemos considerar a prova ilícita (*latu sensu*), como sendo toda aquela que no procedimento probatório, tenha sido extraído de forma contrária a uma específica norma legal (material ou formal) ou a um princípio de direito positivo. Constituem-se assim como provas ilícitas aquelas obtidas com violação ao domicílio (art. 5º XI C.F) ou das comunicações (art. 5º XII C.F); as colhidas com tortura ou maus tratos (art. 5º III, C.F), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º X, C.F) etc.; ou seja, toda prova contra a ordem legal e principiológica ou que vicie de forma mais abrangente possível a naturalidade e normalidade da prova colhida, deve ser imediatamente dispensada pois seria uma grande contra senso o juiz, na sua atividade jurisdicional condenar alguém (fazer “justiça”) baseado numa prova ilegal.

O direito à prova engloba todo e qualquer meio probatório ao dispor das partes. A regra é a liberdade probatória. Há, todavia, exceções, que devem ser razoavelmente justificadas.

Abandona-se, portanto, na atualidade, a enumeração taxativa dos tradicionais

meios de prova para permitir que “se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, nº 337: 125-134, jan./fev./mar. 1997, p. 125.).

A prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Nos trabalhos da Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988, exerceu grande influência um grupo de juristas que acessoraram os congressistas. Entre eles predominava a corrente da não admissão das provas obtidas ilegalmente. Deve-se a isto a proibição categórica do art. 5º. inc. LVI. Não obstante esta proibição é perfeitamente possível que uma prova considerada ilícita venha a tornar-se lícita por força do princípio da proporcionalidade (que se verá mais adiante), corolário do Estado de Direito e grande colaborador da repressão ao crime. Por isto tem sido admitida, entre nós, respeitando-se o princípio da presunção de inocência, a prova ilícita, exclusivamente, para inocular.

A jurisprudência do STF é uníssona no sentido de que o princípio da proporcionalidade deve ser aceito somente pro reo, mas há uma decisão isolada do STJ que admite o princípio da proporcionalidade pro reo ou pro societate: **“EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE**

ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSÍVEIS...AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HA SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUÍLA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA.” (STJ, 6ª. Turma, HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 05/dez./1995, DJU 26/fev./1996.)

Se um acusado consegue demonstrar sua inocência de maneira incontestada, mas com base em prova ilícita, tem-se inclinado a doutrina pela não-aplicabilidade do art. 5º., LVI, CF, já que o direito de provar a inocência se impõe sobre o interesse estatal de sancionar condutas típicas. Além disso, não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente em detrimento da impunidade do verdadeiro culpado, há aqui a consagração da prova ilícita em legítima defesa, pois os direitos humanos fundamentais não podem servir de escudo de proteção à prática de atividades ilícitas e nem se prestar a afastar ou diminuir a responsabilidade por atos criminosos. Se, v.g., uma vítima de extorsão grava sua conversa com o criminoso, esta prova é válida, pois este invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima ao ameaçá-la e coagi-la e esta, em legítima defesa de suas liberdades públicas (o que exclui a ilicitude

da prova por ser causa de exclusão da ilicitude) produziu a referida prova para responsabilizar o agente. Neste sentido foi o voto do Min. Moreira Alves no Habeas Corpus 74.678-1/SP,:

“seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa”. (STF, 1ª Turma, HC 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, DJ 15/jul./1997). Tal flexibilização não importa em ofensa ao princípio constitucional da igualdade das partes, pois a acusação dispõe de recursos mais amplos que o réu. “Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. Não se olvide o caráter relativo do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas, ressaltando-se que este caráter relativo só pode ser validamente aplicado no caso concreto, em que se saberá qual interesse se sobreporá aos demais (princípio da proporcionalidade).

A Constituição estabelece, expressamente, que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, mas não expõe a consequência da contrariedade de tal mandamento. Todavia, os princípios gerais sobre a atipicidade constitucional abraçaram a árdua tarefa de orientar o intérprete.

É cediço que, a desobediência a um mandamento constitucional, acarreta, como sanção, no mínimo, nulidade absoluta. Assim, deduz-se que a aceitação de uma prova ilícita no processo importaria, no mínimo, nulidade absoluta da prova, não podendo esta servir como fundamento de decisão judicial. Assim, tratar-se-ia de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas

simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia.

As provas irregularmente admitidas no processo não poderão ser apreciadas em nenhuma instância, pois não têm existência jurídica, e deverão ser desentranhadas dos autos, conforme já determinou o STF. imoral e sobretudo injusta.

Exatamente nessa ótica entre as propostas de reforma do CPP elaborada pela comissão de juristas constituídos pelo Ministério da Justiça e presidida pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira da Escola Nacional da Magistratura insere-se a nova redação do artigo 157 assim formulada: “Serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais e as delas decorrentes” (DJU 25.11.94 p. 17.860). Quanto à inviolabilidade de domicílio foi extrema relevância a posição unânime do Pleno do STF, que considerou ilícita apreensão de computador de empresa – abrangendo-a no conceito de domicílio – sem mandado judicial, no julgamento de ação penal contra o ex-presidente Collor e Paulo César Farias (Folha de S. Paulo 10.12.94 p. 1-8). A Tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado a submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o bafômetro, até porque ninguém é obrigado a fazer prova contra sim mesmo.

Em matéria de provas ilícitas deve ainda ser lembrado o artigo 11 da convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, como visto, hoje integra o sistema constitucional brasileiro:

“Art. 11: Proteção da honra e da dignidade: 1) Toda pessoa tem o direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2) Ninguém pode ser objeto de ingerências, nem de ofensas ilegais a sua honra ou reputação; 3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensa”.

III – APROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Antes de abordarmos esse título falaremos em linhas sobre o princípio da proporcionalidade. Partiremos do princípio de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade outra nessa categoria de princípio, mas não resulta difícil estabelecer em caráter provisório ou preliminar de duas noções de proporcionalidade *latu sensu* e *strictu sensu*, obra de Pierre Müller, Jurista Suíço; se não vejamos *ipsi literis*: **“Em sentido amplo, entende Müller que, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que deve obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”**³. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza **“pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que eles são levados a cabo”**⁴. Em linhas mais simples, o princípio deve ser entendido como, havendo um aparente choque de princípios opte-se pelo menor prejuízo que cause um deles mas, não se pode esquecer que seria muito anacronismo considerar apenas tal princípio para os direitos fundamentais mais também para toda legislação infra-constitucional.

De acordo com a doutrina mais ventilada nos meios jusfilosóficos o princípio da proporcionalidade se compõe de 3 sub princípios: O primeiro deles seria a **pertinência ou aptidão** que, segundo Zimmerli nos deve dizer se determinada medida representa **“o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”**, observa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim; o segundo princípio é a **necessidade**; deve-se entender que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja; ou seja, uma medida para ser admitida deve ser necessária e finalmente deparamos com o terceiro princípio que é a **proporcionalidade propriamente dita** que, segundo Pierre Müller “a escolha recaia sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo”⁵

Depois de exposto este pequeno aparato, confrontaremos as idéias de prova ilícita e proporcionalidade. Quando se obtém uma prova ilícita, o que está em jogo é o direito individual pessoal da vítima deste abuso porém, de outro lado, se encontra a

³ Pierre Muller, *Zeitscherif für Schweizerisches Recht*, Band 97, 1978, Basel, pag 531.

⁴ Pierre Muller, *ob. cit.* pág 218

sede do Estado em fazer justiça; ou seja, utilizar-se de sua jurisdição, seria pois reconhecer a utilidade do princípio da proporcionalidade para salvaguardar e manter os valores conflitantes desde que aplicado única e exclusivamente em situações extraordinárias para se evitar resultados desproporcionais totalmente repugnados pelo Estado democrático de direito. Torna-se necessária a existência de tal princípio pela própria conjuntura do Sistema constitucional como nosso pois, nenhum princípio (direito) é absoluto, de forma prática analisemos: No art. 5º 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”, como podemos observar, está proibido que alguém burle, por exemplo o sigilo telefônico de outrem porém, como não há direito absoluto, pode tal sigilo ser quebrado desde que lei ordinária estabeleça critérios para que este direito seja excepcionado. E por acaso, se a lei infra-constitucional ainda não existir? A doutrina considera o direito absoluto porém até o advento da lei em questão, seria um estado transitório de absolutismo. Outro aspecto que se considera importante é a questão axiológica, seria a “quebra” de um direito individual pela lei autorizadora uma atitude justa? Haveria proporcionalidade entre os meios e os fins? Nesse caso, cremos que sim. Embora, o § 1º do art. 5º considere que: ‘As normas definidas dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Em termos práticos, o pretório Excelso sobre a impossibilidade da quebra do sigilo telefônico, mesmo com a autorização judicial se posicionou contra isto, visto que ausente a edição da lei exigida constitucionalmente⁶.

IV – O ART. 5º E SEU INCISO XII E A LEI 9296/96

⁵ Pierre Muller Lê principe de la proportionalité, Revue de Droit Suisse, Band, 97, heft 3, 1979, Basel, pág. 212.

⁶ Nesse sentido, dois acórdãos prolatados no período de dois meses da edição da citada lei que regulamentou a interceptação telefônica: HC 72588 PB, Rel. Min. Mauricio Correia, 12/06/96 e HC 73351, SPMIn. Ilmar Galvão, mvj, 9 de Maio de 1996

Procuramos, depois de abordar as provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade de um modo geral fazer um estudo mais específico do art. 5º inc. XII e da lei 9296/96 que trata da interceptação telefônica por se tratar de temas, embora aparentemente resolvidos, mas que ainda causa divergência doutrinária e prática.

Observando primeiramente, o art. 5º XII que reza: “É inviolável sigilo das correspondências 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”. Primeiramente o legislador originário veda qualquer intromissão de outro particular ou de qualquer órgão de Estado em tais ocasiões, depois, como meio dosador de controle, visto que nenhum direito é absoluto, permite que tais sigilos sejam cerceados por lei complementos (aí o princípio da proporcionalidade em prática); mas, uma questão em, matéria hermenêutica causa controvérsia quando o legislador utiliza a preposição **no** ao invés de **em**, todos esses direitos referentes à comunicação possuem um mesmo teor em termos axiológicos têm o mesmo valor, tanto uma carta quanto um telefonema podem conter afirmações comprometedoras de autores de um crime por exemplo mas, da forma como está escrito, com a preposição **no** ao invés de **em**, dá idéia de que se está referindo apenas ao último caso citado pelo dispositivo que são as comunicações telefônicas, concluindo-se pela sigilo absoluto, o que é incondizente com o Princípio da proporcionalidade.

Para que a autoridade possa ter acesso a esses tipos de provas é necessário uma lei para todos as hipóteses enumeradas no início pois, por se tratar de uma exceção de direitos (restrição), não se deve admitir, pelos cânones da melhor hermenêutica, nenhuma interpretação extensiva caso isso ocorra haverá flagrante comprometimento da legalidade do ato tornando-se assim uma prova ilícita.

Há doutrinadores que questionam a parte final do dispositivo legal e tentam argüir a utilização desses meios de prova para o processo civil mas, se deve considerar que o direito é a regra e a exceção é a “quebra” do direito (como abordado no parágrafo anterior) então, jamais se poderia elastecer essa interpretação por se tratar de uma restrição de direito.

Adentrando na Lei 9296/96 que regulamento o inciso supra citado são requisitos que, se não observados tornam ilícito a interceptação executada; a) Quando não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, (justa causa); b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; c) o fato investigado constituir infração punida no máximo, com pena de detenção. Observa-se dois requisitos subjetivas (a e b) ou seja; que só poderão ser aquilatados observando-se o fato concreto e um requisito objetivo (pena de reclusão) então; se a prova for colhido com desrespeito a algum desses tópicos dever-se-á considerar ilícita e ser expurgada imediatamente dos autos do processo. Outro aspecto relevante é o controle da verificação prévia de legalidade condicionando a interceptação à autorização judicial, ao qual, Luiz Vicente Cernichiaro discorda afirmando; **“Melhor seria se a lei tivesse optado, como exceção, pelo sistema da verificação posterior da legalidade. Eu outras palavras, ou autoridade policial e o representante do ministério público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência; encaminharam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente seria anexada aos autos. Caso contrario, destruída implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção o moderno código de processo penal da Itália (art. 262.2). com efeito a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcado. Acontece em momentos mesmo fora do expediente Judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização legal possa cobrir todas as hipóteses.”**⁷ A maioria da doutrina não possui a mesma linha de pensamento do douto mestre pois nem o ministério público nem a autoridade policial poderiam querer se arriscar em ser responsabilizados penalmente por esse tipo de manobra ou haveria uma banalização do direito ao sigilo telefônico tornando mais decrepto ainda o Estado democrático de direito. Quanto ao tempo de ação do, o art. 4º § 2º diz o Juiz terá o prazo de 24 horas para se manifestar deferindo ou não o pedido; se deferido, as diligências durarão quinze dias, prorrogável por igual período, crendo o legislador (derivado) achando suficiente para que a prova fosse colhida, alias, esse é outro grande tópico no que se refere doutrina sobre ser ou não possível a dilatação de

⁷ Luiz Vicente Cernichiaro, Lei 9296/96 – Interceptação telefônica. Boletim IBCCrim, nº 45, p 14, São Paulo, Agosto 1996

quantos prazos forem necessários ultrapassados os 30 dias; a corrente majoritária concorda que não, em virtude de se tratar de uma restrição de direitos não podendo portanto o prazo exceder dos 30 dias.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a restrição de direitos, se for necessária e possível, deve ser imposta pelo juiz como diretor de todo ato processual, visando a economia do processo e de um modo em geral, visando obter a maior eficiência possível no julgamento da causa, sem prejuízo da defesa dos direitos das partes. A restrição de direitos não pode ser imposta de ofício pelo juiz, sob pena de violação do princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como do princípio da imparcialidade. A restrição de direitos deve ser imposta pelo juiz, quando necessário e possível, visando a economia do processo e de um modo em geral, visando obter a maior eficiência possível no julgamento da causa, sem prejuízo da defesa dos direitos das partes.

Assim, a restrição de direitos não pode ser imposta de ofício pelo juiz, sob pena de violação do princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como do princípio da imparcialidade. A restrição de direitos deve ser imposta pelo juiz, quando necessário e possível, visando a economia do processo e de um modo em geral, visando obter a maior eficiência possível no julgamento da causa, sem prejuízo da defesa dos direitos das partes.

VI- CONCLUSÃO

Como pudemos observar, se faz necessário a observação do princípio implícito da proporcionalidade como diretor de todo ato que visa restringir direito ou garantia fundamental do cidadão de um modo em geral, devendo observar-se que a questão da ilicitude ou ilegalidade está ligado à valoração dada pelo Estado democrático de direito, baseado em condições de incidência normativa ou seja, ocorrendo certos comportamentos que incidem em norma jurídica, deve se analisar a ilicitude pois, toda norma que trate de restrição de direito, deve ser expressa.

A prova ilícita nada mais é do que aquela obtida em desacordo com o direito por que houve uma violação do mesmo, entenda-se o vocábulo direito na forma mais ampla possível (princípios e direito “strictu sensu”) devendo a mesma não poder figurar como elemento que possa motivar o livre convencimento do Juiz. Esses abusos, são provocados principalmente porque alguns Juristas vêm a lei, que é para ser analisado num todo contextual (sistemático), como algo isolado, baseando muitas vezes seus argumentos em decretos, portarias, sem levar em conta a constitucionalidade ou a legalidade dos mesmos, produzidos uma visão míope. O direito é um sistema e como tal deve ser analisado.

O direito processual penal como forma de controle do procedimento penal, deve andar de mãos dadas com a legalidade, não permitido que abusos figurem, podendo causar risco de, injustamente, condenar alguém, devendo a defesa pedir que se exclua de imediato qualquer prova obtida de forma que contrarie o ordenamento Jurídico.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo – SP, Editora Malheiros, 1998.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, 5ª Edição, revista, São Paulo- SP , Editora Saraiva, 2000.

ESPÍNOLA, Filho; Eduardo, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1965.

GRINOVER, Ada & Fernandes, Scarance; & Gomes, A. Magalhães, As Nulidades no Processo Penal, 4ª Edição, São Paulo- SP Editora Malheiros, 1994.

JESUS, Damásio E. de, Código de Processo Penal Anotado, 9ª. Edição, São Paulo- SP, Editora Saraiva, 1990

MEMHERI, Adilson, Manual Universitário de Processo Penal, 3ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

MORAIS, Alexandre de, Direito Constitucional, 5ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo- SP Editora Atlas, 1999.

ROSA, Inocêncio Borges da, Processo Penal Brasileiro, Porto Alegre, Editora Globo, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 2, São Paulo- SP Editora Saraiva, 1996.

ANEXO

Prova — Colheita sem Resguardos Determinados por Lei — Ilicitude

Ementa

Mandado de Segurança. Ato Judicial. Cabimento quando da decisão não haja recurso processual. Ilicitude da prova. Busca e Apreensão de documentação e material de informática sem as cautelas legais e inviabilizada a continuidade da atividade comercial. Se, do ato judicial atacado, não cabe recurso processual com efeito suspensivo ou correição, cabível é o Mandado de Segurança para impedir ou reparar dano irreparável. A Constituição Federal assegura a intimidade, inclusive no registro eletrônico de dados, sendo ilícita a colheita de prova sem os resguardos determinados pela lei especial que dá eficácia ao preceito constitucional. Não pode a autoridade, administrativa ou judicial, realizar apreensão de toda a documentação existente em uma empresa, de modo a inviabilizar, até, suas atividades comerciais; deve-se apreender, apenas, o necessário para o exame pericial e para eventual suporte probatório, e não o excessivamente desnecessário. Ordem concedida em parte.

Acórdão

(TJ-RJ)

MS 53/99

Imptes.: 1.º Merkal Alimentos Ltda.

2.º Kontex Comércio e Representações Ltda.

3.º Kraft Alimentos Ltda.

Impdo.: Juízo de Direito da 26.ª Vara Criminal da Capital

Rel.: Des. Gama Malcher

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Mandado de Segurança 53/99, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores que compõem a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conceder a ordem nos precisos termos da liminar concedida. Custas de lei.

Relatório em separado.

Voto do Relator

Em primeiro lugar deve-se decidir sobre o cabimento do Mandado de Segurança para o controle do ato judicial apontado na inicial e admitido nas informações.

O controle mandamental de ato judicial evoluiu progressivamente desde a Constituição Federal de 1934 que só admitia o *mandamus* contra ato do Poder Executivo não atingindo segundo *Castro Nunes* os atos legislativos nem os judiciais; tal evolução começou com a Lei 191 de 1936 condicionando a admissão do *writ* para o exame da legalidade dos atos judiciais "a existência de possibilidade de dano irreparável sem outro meio para o evitar", orientação tomada pela jurisprudência, mais tarde, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 76.909-73 (Rel. *Min. Xavier de Albuquerque*) que se tornou o *leading case* na Suprema Corte brasileira admitindo o cabimento do Mandado de Segurança para controle de atos jurisdicionais quando o ato "só for impugnável por recurso sem efeito suspensivo e desde que demonstrado que dele decorrerá dano irreparável".

Tal posição evoluiu ainda, dando causa à Súmula 267 do STF que só admite o *mandamus* nestas hipóteses se, também, não for possível o controle mediante correção.

Impõe-se, destarte, examinar a natureza do ato ora atacado e a existência, ou não, de recurso impugnativo sem efeito suspensivo ou de correção para o controlar e, ainda, se dele decorre dano irreparável para os impetrantes.

Como se constata da impetração, visando a apurar a existência de eventual delito fiscal, promotores de Justiça requerem busca e apreensão de documentos e instrumentos de informática das empresas referidas pretendendo fixar a existência de

corpo de delito. A busca e apreensão foi executada, apreendendo-se tal quantidade de documentos, livros e computadores que a atividade comercial dos impetrantes ficou paralisada por largo período — nas próprias informações se esclareceu que foram vários os veículos de transporte utilizados na diligência cujo Auto se desdobra em várias folhas do processo.

Está presente, assim, o dano irreparável para as impetrantes impedidas de prosseguir na maioria de suas atividades comerciais por força da constrição imposta.

Não houve pedido de restituição, única via processual que ensejaria decisão interlocutória mista que parte da doutrina e da jurisprudência têm como indicadora do cabimento da Apelação com fulcro no art. 593, II do CPP, embora a maioria dos doutrinadores entenda como tal apenas as decisões verdadeiramente terminativas a partir da obra de *Pimenta Bueno*, nesta posição o acompanhando *Ary Franco* (CPP, II, 6.^a ed. de 1956, pág. 296), *Borges da Rosa* (Proc. Penal Brasileiro, 1942, pág. 17), *Bento de Faria* (CPP, II, 2.^a ed. 1960, pág. 321), *Florêncio de Abreu* (Comentários, 1945, 5.^o vol., págs. 280/281) e *Pontes de Miranda* (Embargos, Prejulgado e Revista, págs. 82/85).

Mas, mesmo que se tenha a decisão que julga pedido de restituição como enquadrável no preceito do art. 593, II, do CPP, permitindo, assim, apelação, é preciso situar a tese jurídica no processo, concretamente, pois não se trata aqui de atacar sentença em processo incidental (que não houve nem foi pedida) mas de controlar *simples despacho* que ordenou e manteve a busca e apreensão *de toda* a documentação comercial das empresas impetrantes. E tal decisão é inegavelmente *interlocutória simples* pois se destina a preparar processo que ainda não nascera (estava-se, ainda, na fase inicial investigadora).

É que o art. 593, II do CPP em sua redação (que atendia às posições doutrinárias da época de sua promulgação) não fez a distinção, mais perfeita, como faz hoje o CPC entre despachos, decisões e sentenças; adotou, na sua redação, como suporte para

permitir a apelação com base no referido inciso, a distinção entre sentenças definitivas outras senão as de condenação ou absolvição (cobertas pelo inc. I) e sentenças que, não sendo definitivas (quer dizer, não se referindo ao mérito) tenham tal força, as *terminativas*.

Que a decisão atacada não é terminativa ficou bem claro: ela não pôs fim a processo cautelar, pelo contrário, autorizou a realização de medida cautelar com finalidade preparatória.

Mas, mesmo para os que entendem que as sentenças em processo incidente podem ser apeláveis e que as decisões interlocutórias mistas são apenas as terminativas ou as não-terminativas e que, portanto, a sentença que resolve incidente de restituição de coisas apreendidas é apelável com base no inciso II do art. 593 do CPP, ainda assim, é cabível o *mandamus* posto em julgamento.

Primeiro, porque o pedido não ataca, como já disse, sentença em pedido de restituição, mas a decisão liminar que ordenou a realização da busca e apreensão e sua execução; *segundo* porque tal busca e apreensão foi realizada com expressivo *excesso*, causando dano irreparável às partes.

Sobre este ponto o STF em *leading case* assim se posiciona:

"Mandado de Segurança contra concessão de liminar em procedimento cautelar. Se o recurso específico não tem efeito suspensivo e a medida pode causar dano de difícil reparação, a jurisprudência do STF tem admitido o uso do *writ* — *Precedentes do STF* (STF, RE — Rel. Min. Thompson Flores — JUTACRIM — SP. 63/427).

Como uma luva cai também o Acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, publicado no Volume 623 (pág. 311) da *Revista dos Tribunais*, na seguinte linha:

"O remédio primeiro de que se pode valer quem sofre apreensão de bem de sua propriedade por ordem de autoridade policial em inquérito instaurado para apuração de crime é o pedido de restituição fundado no art. 120 do CPP, observados, se for o caso, os parágrafos desse mesmo dispositivo legal. Nada impede, porém, que o prejudicado se valha do remédio heróico do Mandado de Segurança, pois, se patente se fizer o constrangimento ilegal, a correção da injustiça pode sobrevir por meio do *writ*, remédio mais rápido, pronto e eficaz do que aquele que impõe o aguardo da tramitação e julgamento do processo ordinário" (TACRIM. SP-Ap. Rel. Canguçu de Almeida — RT 632/311).

Entendo, assim, perfeitamente cabível o *mandamus*, na hipótese dos Autos.

No que se refere à legitimidade do Ministério Público para requerer e participar da diligência, entendo que não houve ali qualquer ilegalidade, nem as impetrantes o situam no pólo passivo deste *mandamus*.

A CF/1988 ampliou o campo de atuação do *Parquet* permitindo-lhe atuar como verdadeiro guardião da ordem jurídica superando o conceito anterior de que era simples titular da ação penal pública. Hoje, dados os preceitos constitucionais pertinentes, tem o Ministério Público poderes para não apenas requerer, como sempre teve, medidas preparatórias e acautelatórias do interesse público como de supervisionar os atos de documentação e investigação típicos da Polícia Judiciária sempre, é claro, com o resguardo das normas legais e dos direitos subjetivos das partes.

Mas aqui, houve excesso de poder: a diligência não foi testemunhada, o Auto de Busca e Apreensão também não o foi e a apreensão se fez com inegável excesso — apreendeu-se material de informática sem o resguardo devido às informações ali contidas e, como já disse, de tal forma foi excessiva a apreensão que, praticamente, se inviabilizou a continuidade das atividades das impetrantes.

É lícito e necessário, muitas vezes, apreender-se documentos, material de informática, correspondência, livros comerciais etc... mas, fazendo-o deve a autoridade pública, seja ela administrativa ou judicial, resguardar o sigilo do seu conteúdo só acessível às partes e nos limites da lei.

O excesso na apreensão já foi corrigido pela liminar que concedi e constatando-o, concedo a ordem, mas nos limites da liminar devendo ficar com as impetrantes cópia dos originais da documentação apreendida, tirando-se *back-up* dos arquivos contábeis em meio magnético permitindo-se, assim, a continuidade dos seus negócios.

É meu voto.

Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2000

Des. Paulo Gomes da Silva Filho
Presidente

Des. José Lisboa da Gama Malche
Relator

(ADCOAS 8180718/2000)

(*Revista de Jurisprudência*, vol. 8, pág. 452)

CRIMINAL

PROVA - ESCUTA TELEFÔNICA - ILICITUDE COM BASE NA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - DESCABIMENTO

Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar à verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria dos

frutos da árvore envenenada (STJ - Ac. unân da 6.ª T. publ. no DJ de 1-6-98, pág. 184 - HC 5.062-RJ - Rel. Min. Fernando Gonçalves; in ADCOAS 8170056).

CRIMINAL

PROVA - ESCUTA TELEFÔNICA - ILICITUDE - NÃO-ACOLHIMENTO

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente, se a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei 9.296/96 e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, somente vindo a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial (STF - Ac. unân. da 1ª T. publ. no DJ de 11-4-97, pág. 12.190 - HC 74.706-0-SP - Rel. Min. Ilmar Galvão; in ADCOAS 8154789).

PROVA - ESCUTA TELEFÔNICA - IMPOSSIBILIDADE

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (STF - Ac. da Ses. Plena julg. em 9-5-96 - HC 73.351-4-SP - Rel. Min. Ilmar Galvão; in ADCOAS 8152323).

Pesquisa ADCOAS: O art. 5º, inc. XII, da CF, a que se refere o acórdão, já foi regulamentado pela Lei 9.296/96 - DOU de 25-7-96, pág. 13.757. A íntegra da referida lei encontra-se publicada no BLA 22/96, nº 1005516.

SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - SUSTENTAÇÃO DA DEFESA - PROVA

A quebra do sigilo bancário - não observado o disposto no art. 38-§ 1º da Lei 4.595/64 - não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa (STF - Ac. unân. da 2ª T. publ. no DJ de 25-4-97, pág. 15.200 - HC 74197-5/RS - Rel. Min. Francisco Resek; in ADCOAS 8156228).