

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ**  
**CAMILA BEZERRA DE MENEZES LEITÃO**

**DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL  
PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**FORTALEZA – CEARÁ**

**2007**

341.434  
L533d  
S433  
T611

Camila Bezerra de Menezes Leitão

## Das Provas Ilícitas no Direito Processual Penal e o Princípio da Proporcionalidade

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientadora: Profa. Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves.

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Coordenação do Programa de Pós-Graduação - *Lato Sensu*


## COMISSÃO JULGADORA

### JULGAMENTO

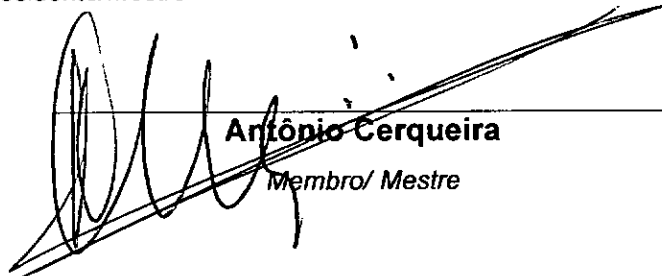
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Camila Bezerra de Menezes Leitão  
Monografia: Das Provas Ilícitas no Direito Processual Penal e o Princípio da Proporcionalidade  
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal  
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002  
Portaria: 63/2007  
Data de Defesa: 2/7/2007

Fortaleza (Ce), 2 de julho de 2007

  
\_\_\_\_\_  
Angela Tereza Gondim Carneiro Chaves  
Orientadora/Presidente/Mestre

  
\_\_\_\_\_  
Rosila Cavalcante de Albuquerque  
Membro/ Doutora

  
\_\_\_\_\_  
Antônio Cerqueira  
Membro/ Mestre

“Há homens que lutam por um dia e são bons  
Há homens que lutam por um mês e são melhores  
Há homens que lutam por um ano e são muito bons  
No entanto, há homens que lutam a vida inteira; estes são  
inesquecíveis”.

Gerard Berg

## DEDICATÓRIAS

A Deus por permitir a conclusão do presente trabalho.

Aos meus pais Juarez e Maria pelo apoio e incentivo e pelo exemplo de dignidade transmitido cotidianamente.

Ao meu marido Marcelo, pela paciência, incentivo e compreensão em tudo que eu faço.

À Ângela Teresa, minha orientadora e competente Promotora de Justiça que me auxiliou na realização desta monografia.

À Conceição e à minha irmã Patrícia, exemplos de otimismo e força.

Aos meus filhos Beatriz e Guilherme (*in memoriam*), motivos da minha existência.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a atenção dispensada por todos os funcionários que fazem parte da Escola Superior do Ministério Público e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o êxito deste trabalho.

## RESUMO

Permitiu o presente estudo a análise sistemática das provas em geral e de forma específica das provas ilícitas. O presente trabalho tem como objetivo precípua demonstrar que as provas, mesmo obtidas ilicitamente, podem ser utilizadas no processo, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que a certeza dos fatos não possa ser obtida por outros meios. Objetiva-se também demonstrar que as provas ilícitas não são descartadas de imediato, podendo ser utilizadas quando o fato a ser apurado for grave e não puder ser provado de outra forma. Observou-se que no Processo Penal, embora se persiga a verdade real dos fatos, muitas vezes o juiz se contenta com a certeza da ocorrência dos fatos, necessária para fundamentar a sua decisão. A metodologia empregada consistiu no somatório de leituras especializadas sobre o tema associada às decisões dos Tribunais Pátrios. A pesquisa foi do tipo: documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova Ilícita. Proporcionalidade.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DA PROVA</b> .....	13
2.1 Conceito e Finalidade .....	13
2.2 Objeto da Prova .....	14
2.3 Princípios .....	15
2.3.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes .....	16
2.3.2 Princípio da audiência contraditória .....	16
2.3.3 Princípio da comunhão ou aquisição da prova .....	17
2.3.4 Princípio da oralidade .....	17
2.3.5 Princípio da concentração .....	18
2.3.6 Princípio da publicidade .....	18
2.3.7 Princípio do livre convencimento motivado .....	18
2.3.8 Princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos .....	19
2.3.9 Princípio da liberdade probatória .....	19
2.4 Meios de Prova .....	20
2.5 Ônus da Prova .....	21
<b>3 DA PROVA ILÍCITA</b> .....	23
3.1 Conceito e Terminologia .....	23
3.2 As teorias acerca da admissibilidade e da inadmissibilidade das provas ilícitas .....	24
3.2.1 Posicionamento da admissibilidade .....	25
3.2.2 Posicionamento da inadmissibilidade .....	25
3.2.3 Posicionamento conciliador .....	26
3.3 O princípio da proporcionalidade .....	27
3.4 As provas ilícitas por derivação .....	29
3.5 Efeitos da admissão das provas ilícitas e ilegítimas no processo .....	32



3.6 O dogma da verdade real.....	34
<b>4 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, ESCUTAS TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....</b>	<b>38</b>
4.1 Interceptação e Escuta Telefônicas e Gravação Clandestina: conceitos....	38
4.2 A interceptação telefônica e a Lei n. 9.296/96.....	39
4.3 A interceptação telefônica e o princípio da proporcionalidade.....	42
<b>5 OUTROS TIPOS DE PROVA.....</b>	<b>44</b>
5.1 A busca e a apreensão.....	44
5.2 A confissão.....	47
5.3 O sigilo.....	50
5.4 A prova emprestada no Processo Penal.....	54
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>
<b>APÊNDICE .....</b>	<b>65</b>
<b>APÊNDICE A - .....</b>	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Quando ocorre um crime, surge para o Estado o direito de punir o autor da infração penal aplicando-lhe a sanção cominada em lei. No entanto, para que isso aconteça, é necessário que seja instaurado o processo cujo objetivo é a entrega da tutela jurisdicional devidamente motivada.

Para que o processo criminal termine, na maioria das vezes, é necessária uma decisão de mérito dando pela admissibilidade ou não da acusação. Nesse aspecto, as provas produzidas pelas partes assumem papel de fundamental importância, pois surgem para convencer o julgador acerca dos fatos existentes no processo, dando a ele a segurança devida para proferir a sua decisão. Busca-se a verdade dos fatos, no entanto, se essa não for alcançada contenta-se com a certeza dos mesmos.

O interesse pelo tema surgiu através da experiência profissional como Promotora de Justiça atuante nas Comarcas do Interior do Ceará, pois em alguns casos, era necessária a utilização do princípio da proporcionalidade para aproveitar a prova, única e determinante, para a solução do crime, que foi atingida de forma ilícita, mas que não poderia ser descartada ante o interesse público em jogo. Além do que estudar o assunto provas ilícitas desperta grande curiosidade pelo fato de ser um tema bastante discutido na doutrina e na jurisprudência.

O objetivo deste trabalho, portanto, é demonstrar como as provas, mesmo obtidas ilicitamente, podem ser utilizadas no processo, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que a certeza dos fatos não possa ser obtida por outros meios. Objetiva-se também demonstrar que as provas ilícitas não são

descartadas de imediato, podendo ser utilizadas quando o fato a ser apurado for grave e não puder ser provado de outra forma.

A metodologia empregada consistiu no somatório de leituras especializadas sobre o tema em consonância com as decisões dos Tribunais Pátrios. A pesquisa foi do tipo documental e bibliográfica .

Este trabalho possui capítulos que sintetizam o conteúdo estudado, no entanto, os capítulos de desenvolvimento são o 2º capítulo intitulado "Da Prova", o 3º capítulo chamado "Da Prova Ilícita", o 4º capítulo que corresponde às "Interceptações Telefônicas, Escutas Telefônicas e Gravações Clandestinas" e o 5º capítulo que é denominado "Outros Tipos de Prova".

O segundo capítulo irá tratar sobre o conceito e a finalidade da prova no âmbito penal, seus princípios norteadores, os meios de prova e o ônus da prova.

No terceiro capítulo iniciar-se-á propriamente o assunto das provas ilícitas dando o seu conceito e a sua terminologia, as teorias acerca da admissibilidade e da inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como o posicionamento conciliador, a utilização do princípio da proporcionalidade, as provas ilícitas por derivação, os efeitos da admissão das provas ilícitas e ilegítimas no processo. Falar-se-á também sobre o dogma da verdade real em relação ao tema analisado.

O quarto capítulo é dedicado ao estudo das interceptações e escutas telefônicas e das gravações clandestinas. Dentro desse capítulo irão ser mostrados os conceitos de interceptação, escuta e gravação clandestina e a aplicação do princípio da proporcionalidade, tudo inserido dentro de uma breve análise da Lei n. 9.296/96.

No quinto capítulo o enfoque será em relação aos outros tipos de prova, como a busca e a apreensão, a confissão e o sigilo, explicitando de que forma as mesmas podem ser ilícitas e mesmo assim aproveitadas no processo. Na parte final será feita uma análise da questão da prova emprestada no Processo Penal.

Como a metodologia utilizada no presente trabalho utilizou a teoria associada aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais Tribunais Pátrios, está presente um Apêndice que compila algumas decisões importantes para a completa visualização do tema abordado.

Ao final, mostrar-se-á ser possível a utilização, para a solução de uma lide penal, das provas obtidas ilicitamente, desde que os interesses sufragados sejam de igual ou menor valia àqueles que serão protegidos, tudo tendo em vista a utilização do princípio da proporcionalidade amplamente utilizado no meio jurídico.

## 2 DA PROVA

### 2.1 Conceito e Finalidade

Quando ocorre um delito, surge para o Estado o jus puniendi, ou seja, o direito de punir o autor da infração penal aplicando-lhe a sanção já definida em lei. Para que isso aconteça, no entanto, é necessário que sejam demonstrados em juízo a ocorrência de um fato e, excepcionalmente, o direito, quando invocado direito estadual ou municipal, consuetudinário ou estrangeiro.

A prova dirige-se ao julgador a fim de convencê-lo, ao final do processo, sobre as alegações suscitadas pelas partes. A prova consiste, em síntese, na demonstração da existência ou veracidade daquilo que se afirma em juízo.

A palavra prova vem do latim *probatio* que significa verificação, inspeção, exame e deriva do verbo *probare* que significa demonstrar, reconhecer, formar juízo de, persuadir alguém de determinada coisa e demonstrar.

Segundo CAPEZ (1999: 225), tem-se:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos) destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Para GOMES FILHO (1997: 41-42), a definição de prova é:

Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo Juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades.

Provar significa demonstrar a verdade de algo. A finalidade da prova, dentro do processo, é o convencimento do juiz que é o seu destinatário. O sistema de avaliação das provas utilizado no direito processual brasileiro é o do livre convencimento motivado, ou seja, o juiz tem que fundamentar a sua decisão dentro dos elementos probatórios constantes no processo. A prova constitui-se, portanto, em elemento de vital importância para o processo, capaz de reconstruir um fato ocorrido de forma suficiente a convencer o julgador. Assim, segundo alguns doutrinadores, a finalidade da prova seria não somente formar o convencimento do juiz sobre o que se alega, mas também fundamentar a decisão final do processo perante a coletividade.

Observe-se que as partes tentam demonstrar para o juiz a verdade dos fatos, que não corresponde, necessariamente, a verdade absoluta, pois essa, muitas vezes, é inalcançável. Para o magistrado, basta a certeza relativa suficiente para a sua convicção. Busca-se a verdade processual, que é a verdade atingível e que é aquela que emerge do processo, servindo de fundamento para a sentença, que poderá corresponder ou não à realidade.

## 2.2 Objeto

Também conhecido como tema probandum, objeto da prova é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser demonstrada no processo. O objeto da prova, no processo penal, abrange além do fato criminoso, as

circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na solução da causa. É, portanto, objeto da prova, os fatos que as partes pretendem demonstrar.

Excepcionalmente, as partes terão que fazer prova dos fatos incontroversos, já que o juiz não está obrigado a aceitar como verdadeiro o que é admitido pelas partes, em obediência ao princípio da verdade real. No processo penal, os fatos controvertidos ou não, necessitam ser provados, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, pois sua confissão tem valor relativo, devendo ser confrontada com os demais elementos probatórios constantes no processo.

É importante ressaltar que somente serão objeto de prova os fatos relevantes sobre os quais versa a demanda. Há fatos, porém, que não dependem de prova. Neste rol, situam-se dentre outros, os fatos notórios que são aqueles fatos nacionalmente conhecidos, os fatos axiomáticos ou intuitivos que são os fatos por si só evidentes, os fatos que contêm uma presunção legal absoluta que são aqueles que não comportam prova em sentido contrário, os fatos impossíveis e os fatos irrelevantes ou impertinentes, que são aqueles que não dizem respeito à solução da causa.

### **2.3 Princípios**

Os princípios são as diretrizes mestras que fundamentam todo o sistema jurídico. Enquanto valores, servem para alicerçar uma interpretação constitucional homogênea e com unidade de sentido. Através de uma interpretação sistemática e teleológica, a aplicação dos princípios evita o arbítrio por parte do intérprete e aplicador da lei. Evoluiu-se do Estado de Direito proveniente do sistema de liberalismo em que se fazia o culto da lei e a aplicava, independentemente de estar em consonância com os princípios, e passou-se para o Estado Democrático de

Direito em que a Constituição está no ápice do ordenamento e os princípios exercem função nitidamente informadora, valendo por si mesmos e constituindo nas normas supremas do ordenamento.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos.

No tocante às provas, existem alguns princípios informadores, dentre os quais pode-se destacar: o da auto-responsabilidade das partes, o da audiência contraditória, o da aquisição ou comunhão da prova, o da oralidade, o da concentração, o da publicidade, o do livre convencimento motivado, o da vedação das provas obtidas por meios ilícitos e o da liberdade probatória, dentre outros.

### 2.3.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes

Através desse princípio, cada parte assume as conseqüências pela produção ou não de provas a fim de demonstrar a materialidade do fato ou sua autoria. Portanto, se a acusação ou a defesa, de forma negligente, deixar de produzir provas do alegado, sofrerá o resultado dessa omissão.

### 2.3.2 Princípio da audiência contraditória

Segundo esse princípio, toda prova admite contraprova, fazendo-se necessária, após a produção de determinada prova, a oitiva da parte adversa. É a base do princípio constitucional do contraditório. Sempre que uma parte produzir



uma prova, será dada oportunidade de manifestação à outra parte, ainda que a produção tenha sido determinada ex officio pelo juiz.

Tendo em vista a dialeticidade e bilateralidade do processo, tanto o órgão da acusação como a defesa têm o direito de participar de todos os atos processuais em igualdade de condições, devendo o juiz ouvir ambas as partes, suas pretensões e suas versões sobre os fatos a fim de formar a sua convicção ao prolatar a sentença.

### 2.3.3 Princípio da comunhão ou aquisição da prova

Uma vez integrada ao processo, a prova não pertence mais ao órgão da acusação ou da defesa que a produziu. Agora, a prova é parte integrante do processo, sendo chamada de prova do juízo. Logo, se a defesa produzir uma prova e verificar posteriormente que a mesma não lhe interessa, não poderá desentranhá-la do processo, podendo servir futuramente para fundamentar a decisão do órgão julgador.

Esse princípio é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual, sendo prioritário saber a verdade dos fatos de acordo com a prova produzida no processo.

### 2.3.4 Princípio da oralidade

Através desse princípio, a palavra falada é predominante sobre a palavra escrita. Pugna-se a desburocratização das formas.

### 2.3.5 Princípio da concentração

Busca-se concentrar toda a produção probatória em audiência como meio de economia e agilidade processual, em especial nos procedimentos sumário e sumaríssimo.

### 2.3.6 Princípio da publicidade

Todos os atos processuais devem ser públicos, com exceção das causas que tramitam em segredo de justiça. Assim, como regra geral, as provas devem ser produzidas publicamente.

### 2.3.7 Princípio do livre convencimento motivado

O artigo 157 do Código de Processo Penal institui o princípio do livre convencimento motivado ao dispor que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Através desse princípio, a lei dá ao julgador liberdade para valorar as provas, não havendo para tanto valor predeterminado ou legal. O certo é que todas as provas são relativas, até mesmo a confissão, não tendo nenhuma delas valor decisivo ou maior prestígio sobre as demais. O magistrado, no entanto, está adstrito às provas constantes nos autos, não podendo fundamentar sua decisão em elementos que não estejam dentro do processo.

Logo, o julgador fica restituído à sua própria consciência, eis que formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida, apenas devendo fundamentar a sua decisão em obediência ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

### 2.3.8 Princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos

Este princípio, que constitui o cerne deste trabalho, será estudado com maior profundidade no capítulo seguinte. Consiste na garantia que o devido processo legal dá ao réu no sentido de que ninguém será condenado tendo como fundamento prova ilícita. É o que estabelece o art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna ao dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

No entanto, a exemplo dos demais direitos e garantias fundamentais, o princípio da inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas possui valor relativo devendo ser analisado em conjunto com os demais princípios presentes na Constituição. Afora isso, a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa ser obtida por outros meios.

### 2.3.9 Princípio da liberdade probatória

O direito à prova é garantido constitucionalmente, mas não é absoluto. Pelo princípio da liberdade probatória, as partes têm o direito de provar, por qualquer meio idôneo e legítimo, os fatos que alegam, mas encontram limitações impostas pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais.

O processo penal tem por objetivo a busca da verdade real dos fatos ocorridos, por isso há grande liberdade na produção das provas, deferindo, inclusive, ao juiz, a iniciativa para a sua produção.

A tendência atual, tendo em vista a busca da verdade, é pela não taxatividade das provas, cuidando apenas de vedar os meios de prova que atentem contra a moralidade e atinjam a dignidade da pessoa humana.

Estes são, em suma, os princípios relativos às provas. Cada um deverá ser considerado e juntos sintetizam o sistema probatório brasileiro. Vejamos agora os meios de prova.

## **2.4 Meios de Prova**

Enquanto a finalidade da prova consiste em formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários à decisão da causa, os meios de prova, segundo SILVA (2005:9) são “os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”. Na verdade, meio de prova é tudo aquilo que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo. Como exemplos de meios de prova dispostos pela lei, podem ser citados os depoimentos prestados pelas testemunhas ao longo do processo, as perícias, os reconhecimentos, os interrogatórios, dentre outros.

Tendo em vista o princípio da liberdade probatória, o elenco discriminado pela lei acerca dos meios de prova não é taxativo porque o legislador não poderia prever todos os meios de prova existentes. Desde que legais e morais, os meios de prova serão válidos. No entanto, a própria lei se encarrega de estabelecer limitações ao princípio da liberdade probatória exigindo, por exemplo, o exame de corpo de

delito obrigatório para as infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP), limitações de algumas pessoas que não podem depor ou que podem recusar-se a fazê-lo (arts. 206 e 207 do CPP) e a proibição do uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, CF/88), dentre outras limitações.

## 2.5 Ônus da Prova

Cabe à parte fazer prova das suas alegativas. O onus probandi não se traduz em dever jurídico da parte. Não há para as partes a obrigação de provar, porque nenhuma sanção é imposta pelo seu não-cumprimento. Trata-se de mera faculdade processual. No entanto, se essa faculdade não for utilizada, a decisão não poderá se fundamentar nas alegações da parte que não fez prova.

Ao órgão da acusação, cabe provar a existência do fato e a sua autoria, bem como as causas que acarretem o aumento de pena. Para oferecer a denúncia ou a queixa, é necessário um mínimo de provas pré-constituídas que a justifiquem, sob pena de rejeição, pois é imprescindível que se faça prova da tipicidade do fato e de sua existência material, além dos indícios suficientes de autoria.

Já ao órgão da defesa, cabe provar as excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, bem como as causas de extinção da punibilidade, caso suscitadas. Cabe também a prova das causas de diminuição da pena gerais e especiais.

Insta destacar ainda que o art. 156 do Código de Processo Penal além de estabelecer que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, afirma também que o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Tudo isso em busca da verdade real ou material dos fatos. Note-se, porém, que essa prerrogativa deve ser

usada com cautela com o fim de se evitar a quebra da imparcialidade que o magistrado deverá ser detentor.

## 3 DA PROVA ILÍCITA

### 3.1 Conceito e Terminologia

As provas ilícitas, assim como as provas ilegítimas, fazem parte do gênero provas vedadas. Enquanto a prova ilícita é aquela obtida por violação ao direito material, a prova ilegítima afronta o direito processual. Via de regra, a prova ilícita viola norma ou princípio de direito material, notadamente os contidos na Constituição Federal para a proteção das liberdades públicas. Por violarem tais normas ou princípios, as provas ilícitas ensejam infrações de direito penal, civil ou administrativo. Como exemplos, podemos citar a prova que é colhida mediante o emprego de tortura, com indevida violação de domicílio, de correspondência ou de intimidade. Em todos esses casos, a transgressão ocorre no momento da colheita da prova, antes ou concomitante ao processo, mas de forma externa ao mesmo.

Por prova ilícita, assim definem GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO (1992:109):

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.

Bem salientou SILVA (2005:16), ao afirmar que:

Não é a violação de qualquer norma ou princípio constitucional que importará a ilicitude da prova, mas apenas aqueles casos em que houver desrespeito a normas ou princípios de direito material relacionados com a proteção das liberdades públicas.

Diferentemente são as provas ilegítimas. Nestas, a ilegalidade se consumou no momento de sua produção dentro do processo, sempre de forma concomitante. As próprias normas de direito processual já contemplam dispositivos para excluir do processo as provas que afrontem as regras criadas para regulamentar a sua obtenção e produção, estando a sanção já descrita na própria norma processual que geralmente é a declaração ou decretação da nulidade da prova. Declarando-se a nulidade da prova, esta não produzirá efeito algum. Se a nulidade, no entanto, for gritante, a prova inadmissível nem ao menos se caracteriza como prova, sendo, pois, inexistente. Como exemplo de prova ilegítima, podemos citar a oitiva do acusado sem a presença do seu defensor que não foi devidamente intimado.

Quanto à terminologia empregada, a maior parte da doutrina emprega os vocábulos prova ilícita e prova ilegítima. No entanto, existem doutrinadores que falam em prova ilegal, prova ilegalmente obtida, prova proibida e prova ilicitamente obtida, dentre outros termos. Não existe, porém, diferença substancial entre os vocábulos empregados, todos expressando, via de regra, infrações a normas de direito processual penal (provas ilegítimas) e infrações a normas de direito material (provas ilícitas).

### **3.2 As teorias acerca da admissibilidade e da inadmissibilidade das provas ilícitas**

Existem três posicionamentos acerca da admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo. Um defende a possibilidade de produção dessas provas no processo, enquanto outro entende ser juridicamente impossível essa produção. Já o terceiro posicionamento firma conciliação entre os dois anteriores. Vejamos cada um de forma específica.



### 3.2.1 Posicionamento da admissibilidade

Os defensores desse posicionamento defendem que a prova obtida por meios ilícitos só poderá ser extraída dos autos se a própria lei assim o ordenar. Assim, a prova para ser afastada há de ser ilícita e ilegítima. O fim precípua do processo penal é a busca da verdade material dos fatos. Assim, dizem os defensores desse posicionamento, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, será ela admissível, sem olvidar-se, no entanto, o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. Essa corrente afirma que a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Por fim, os defensores desse posicionamento argumentam que a prova ilícita poderá ser valorada pelo magistrado, devendo-se punir o infrator pelo ilícito penal, civil ou administrativo cometido com a produção da prova, argumentando seus defensores que melhor seria admitir uma prova obtida ilicitamente que deixar sem castigo um infrator.

Vale ressaltar, no entanto, que a interpretação dessa corrente doutrinária não está em consonância com a Constituição Federal de 1988.

### 3.2.2 Posicionamento da inadmissibilidade

Segundo os defensores desse posicionamento, toda e qualquer prova obtida de forma ilícita será prontamente rejeitada. Segundo os doutrinadores dessa corrente, de onde se situa o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, a absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. A prova ilícita é imprestável e inidônea, sendo a mesma destituída de qualquer eficácia

jurídica. Segundo os defensores dessa corrente doutrinária, existe um limite para os poderes do juiz, não devendo ser atingidos os direitos individuais do réu em busca da verdade real dos fatos. Por outro lado, a Carta Magna de 1988 foi enfática ao estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos retirando toda e qualquer possibilidade de discricionariedade por parte do julgador. Dizem os seus defensores que é preferível que um crime fique impune a outorgar eficácia à prova que o desvendou, mesmo que isso importe em prejuízo para a apuração dos fatos. É o preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito, pois a justiça penal não se realiza a qualquer preço.

Esta, no entanto, não tem sido a melhor interpretação empregada ao dispositivo que veda a utilização das provas ilícitas, pois se deve analisar cada caso a fim de se ponderar os valores em jogo, verificando se é mesmo preferível que um crime fique impune a outorgar eficácia à prova que o desvendou.

### 3.2.3 Posicionamento conciliador

Esse posicionamento trata-se de uma conciliação entre os dois posicionamentos anteriores. Para os defensores deste posicionamento, a prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inválida e inoperante. Porém, poderá ser admitida quando for a única forma, possível e admissível, de ser demonstrada a verdade dos fatos. É admitida também quando for relevante o interesse público a ser protegido. CAMARGO ARANHA (1996: 56), a respeito desta teoria que preferiu chamar de teoria do interesse preponderante, disse:

Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

Neste posicionamento conciliador é aplicado o princípio da proporcionalidade que veremos adiante de forma detalhada.

### 3.3 O princípio da proporcionalidade

Todos os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional têm natureza relativa. A Constituição é um sistema, formando um todo orgânico e inseparável, porque os princípios e normas que a compõem estão presos a uma acomodação harmônica, devendo todas as normas fundamentais serem analisadas em conjunto, a fim de ser descoberto o justo equilíbrio entre normas e direitos conflitantes.

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha Federal, é utilizado em caráter excepcional e em casos extremamente graves, baseado no equilíbrio que se deve ter entre valores fundamentais contrastantes. Esse princípio sempre é invocado para solucionar conflitos, sopesando os valores a fim de ser descoberto qual deverá preponderar em determinado caso concreto.

Há ainda bastante divergência na doutrina quanto à utilização desse princípio em relação ao assunto sob análise. De um lado, uma corrente doutrinária entende que não é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade ante a vedação expressa pela Constituição da inadmissibilidade das provas ilícitas. De outro lado, entende-se que é possível a aplicação desse princípio, desde que o material colhido em contrariedade ao ordenamento jurídico favoreça o acusado. Segundo essa corrente isso se justifica pelo fato de depois da vida, ser a liberdade o bem mais importante que o homem possui, preponderando, portanto, o direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente. A Súmula 50 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo estabelece que “podem ser utilizadas no

processo penal as provas ilicitamente colhidas desde que beneficiem a defesa". Tudo isso se justifica em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Seria o caso, por exemplo, da pessoa que, de forma sub-reptícia, grava sua conversa com terceiro para provar sua inocência, sendo obrigado ao uso da prova ilícita em defesa da sua liberdade.

No entanto, se a prova obtida por meio ilícito vier a ser utilizada pelo Ministério Público em benefício dos interesses da acusação? Seria possível a aplicação do princípio da proporcionalidade com o objetivo de se admitir a produção da prova ilícita pro societate?

A doutrina e a jurisprudência dominantes não admitem essa possibilidade. No entanto, é possível que o princípio da proporcionalidade também deva ser utilizado em favor da acusação, não só para privilegiar o valor constitucional da igualdade das partes, mas para colocar em igual nível os pratos da balança que representa a Justiça. No entanto, somente deve ser admitida a utilização do princípio da proporcionalidade pro societate, em hipótese de especial gravidade e ainda assim mediante circunstanciada motivação judicial, pois não seria cabível que se estendesse a aplicação do princípio da proporcionalidade a qualquer caso. Via de regra, tem-se admitido a prova ilícita pro societate para o caso de crimes praticados por organizações criminosas, tudo em nome da segurança da coletividade. Por seu turno, não seria justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para chegar à punição do criminoso? Afinal, nenhum direito do homem pode ser visto como absoluto, na medida em que o indivíduo dele se vale para atentar contra a vida, a liberdade ou a segurança de outrem.

O princípio da proporcionalidade, na maravilhosa síntese de Willis Santiago Guerra Filho, deverá ser aplicado sempre que "as vantagens que trará superarem as desvantagens". A Constituição veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, da mesma forma que ampara no mesmo artigo o direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade que eventualmente deverão ser postos em confronto para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico deverá prevalecer, tendo em vista que a interpretação da norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso LVI, deverá ser feita em razão do contexto em que ela se encontra inserida, não somente em função do texto em que ela figura. Através da aplicação do princípio da proporcionalidade, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância.

No entanto, cumpre destacar que a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa ser obtida por outros meios.

### **3.4 As provas ilícitas por derivação**

As provas ilícitas por derivação são provas lícitas em si mesmas, mas que foram extraídas a partir de uma prova obtida por meio ilícito.

Com fundamento nestas provas, a Suprema Corte Americana, desde a década de 1920, criou a teoria do *The fruits of the poisonous tree*, ou seja, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Através desta teoria, a árvore ruim dará maus frutos, isto é, independentemente da legalidade da colheita, a prova também será ilícita se derivar de outra prova ilícita. Por exemplo, uma informação colhida mediante uma interceptação telefônica clandestina, por meio da qual as autoridades policiais prendem em flagrante o autor de um delito. Nesse caso, apesar de a prisão em flagrante ter sido realizada de acordo com os ditames legais, o fato que a ocasionou foi uma prova ilícita, o que acaba por contaminar o próprio flagrante, tornando-o ilícito da mesma forma. No entanto, isso não quer dizer necessariamente

que o processo será nulo, pois as provas independentes das outras contaminadas não serão afetadas.

No Brasil, a questão dos frutos da árvore envenenada foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 69.912-RS, em que os réus foram condenados com base em interceptação telefônica, cuja autorização judicial deu-se antes da regulamentação do art. 5º, XII, admitindo o Supremo Tribunal Federal como válidas as provas ilícitas por derivação. Depois, mudou o STF a sua posição, declarando a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, posição ainda hoje adotada por esta Corte Superior.

Atualmente, entende-se que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se a prova derivada derivar de fonte própria, não fica contaminada por nenhum vício, podendo, deste modo, ser produzida em juízo, por não ter sofrido contaminação.

Importa informar, contudo, que, na doutrina, a questão não é pacífica, pois alguns doutrinadores entendem como inadmissíveis as provas ilícitas por derivação em consonância com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e outros entendem como admissíveis esse tipo de prova, vez que a Constituição não a vedou expressamente, não cabendo ao intérprete assim fazê-lo.

De qualquer forma, a tendência predominante é de mitigação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada em atendimento à aplicação do princípio da proporcionalidade na aceitação das provas ilícitas por derivação, de forma a equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade. Discutindo esse tema, diz SOUZA (*on line*), em artigo intitulado “A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?” o seguinte:

A outra reflexão que parece relevante diz respeito à possibilidade de se aplicarem, na medida em que adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro, as exceções com que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem temperado a doutrina do fruto da árvore envenenada. Referida Corte tem admitido diversas situações onde se excepciona a regra: quando, por exemplo, 'o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação ou quando o vício de origem é 'purgado' por subsequente ato voluntário do réu, que, por exemplo, reitera *sponte sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida; em hipóteses nas quais se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado; ou ainda quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por meios legais

A admissão do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas por derivação se justifica, por exemplo, na hipótese de pessoas ligadas a organizações criminosas ou até policiais forjarem uma prova ilícita para com isso impedir o sucesso da investigação em andamento, de forma que tudo o que se venha a obter como consequência daquela seja considerada prova ilícita, daí surgindo a aplicação do princípio da proporcionalidade com visto a afastar esse tipo de conduta.

A própria Corte Suprema norte-americana tem acatado exceções da inadmissibilidade da aceitação das provas ilícitas por derivação quando a conexão com a prova ilícita é tênue, de maneira a não se colocarem como causa e efeito ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira.

Cumprе ressaltar, portanto, que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser feita de forma moderada, a fim de que não surja o arbítrio e não se viole de forma expressa a vedação da inadmissibilidade das provas ilícitas disposta constitucionalmente.

### 3.5 Efeitos da admissão das provas ilícitas e ilegítimas no processo

A Constituição Federal de 1988 vedou a admissibilidade de serem utilizadas no processo as provas obtidas por meios ilícitos, mas deixou de estabelecer a consequência para o caso de descumprimento dessa vedação, ou seja, se mesmo inadmissível, houver a introdução no processo e valoração, pelo magistrado, de uma prova ilícita.

Há duas correntes doutrinárias acerca das consequências que adviriam com o ingresso indevido da prova ilícita no processo. Uma entende que a atipicidade constitucional tem o condão de gerar a nulidade absoluta dos atos praticados e a outra defende que a prova ilícita é juridicamente inexistente.

De acordo com a primeira corrente doutrinária, a prova ilícita não serviria de fundamento para o magistrado em nenhuma decisão judicial. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a prova ilícita é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insuscetível de ser sanada por força da preclusão.

Já para os defensores da segunda corrente doutrinária, dentre os quais podemos citar Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover, a prova ilícita é elemento incompatível com os limites éticos e jurídicos que norteiam a atividade de persecução penal estatal, não podendo a parte produzi-la. No entanto, se referida prova ingressar no processo, o juiz pode e deve atuar de ofício excluindo a prova do processo. Não se trata, para os defensores dessa corrente, de ser declarada a nulidade processual, mas de desentranhar e excluir a prova ilícita do processo visto esta ser um ato inexistente.



Segundo GRINOVER et all (1992: 68), temos:

(...) as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não tem aptidão para surgirem como prova. Daí sua total ineficácia.

Via de regra, reconhecida a ilicitude da prova, esta deverá ser desentranhada do processo, não podendo o juiz fundamentar nela a sua decisão. No caso de ser interposto recurso junto ao Tribunal, deverão ser desconsideradas as provas ilícitas que foram irregularmente admitidas e valoradas na sentença de 1º grau, julgando o processo como se elas não existissem. Se, por acaso, o juiz não desentranhar a prova ilícita do processo, o acusado pode e deve requerer o seu desentranhamento, aplicando analogicamente o art. 145, inciso IV, do Código de Processo Penal.

No entanto, a sentença do processo só será anulada se tiver sido fundamentada única e exclusivamente nas provas ilícitas, pois caso existam outras provas suficientes para fundamentar a decisão, não será anulada nem a sentença nem o processo, segundo entendimento pacífico da jurisprudência. Os Tribunais Pátrios têm entendido que se a decisão fizer expressa referência sobre a existência de outras provas, suficientes e aptas, por si, para a condenação, estaria afastada a nulidade.

No caso de a sentença, que teve como fundamento as provas ilícitas, já ter transitado em julgado, poderá ser atacada pelo condenado através da revisão criminal, em cujo juízo rescisório poderá o réu ser absolvido. Porém, se se tratar de habeas corpus, o Tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando o seu desentranhamento dos autos.

No tocante às provas ilegítimas, o próprio ordenamento processual indicará as sanções decorrentes da desobediência de determinada norma procedimental. Assim, as conseqüências estarão sempre cominadas, implícita ou explicitamente, na própria lei processual. Por isso é que, como foi afirmado anteriormente, na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, enquanto que na prova ilícita, a violação ocorre no momento em que a prova é colhida, seja referida violação anterior ou posterior ao processo. Como exemplo de prova ilegítima, podemos citar o caso de um documento que seja exibido no julgamento do Tribunal do Júri e que não tenha sido comunicado à parte contrária com antecedência de 03(três) dias como determina o art. 475 do Código de Processo Penal. Podemos também citar o caso de pessoa que seja proibida de depor por dever guardar sigilo em virtude da profissão, como determina o art. 207 do Código de Processo Penal. Nesse último caso, por exemplo, referido depoimento não poderá ser levado em consideração pelo juiz. Se houver futuramente a interposição de um recurso, a nulidade, no entanto, só será declarada se houver manifesto prejuízo para a defesa, em obediência aos princípios do interesse e da instrumentalidade das formas, pois mesmo a nulidade sendo absoluta, não será pronunciada, se o ato tiver alcançado a sua finalidade e a decisão tiver sido favorável aos acusados, segundo interpretação doutrinária mais recente.

### **3.6 O dogma da verdade real**

A maior parte da doutrina faz distinção entre a verdade real e a verdade formal dos fatos. Dizem os doutrinadores que no Processo Penal busca-se alcançar a verdade material ou real, enquanto que o Processo Civil contenta-se com a verdade formal.

CARNELUTTI, ao estudar sobre o tema, dizia que mesmo tentando se alcançar a verdade material dos fatos no Processo Penal, o que, na maioria dos casos se alcançava era a verdade formal. Em 1965, no entanto, esse estudioso

mudou o seu pensamento revelando que a verdade era uma só e que a divisão entre a verdade formal e a verdade material era equivocada. A verdade está na totalidade dos fatos e não em parte deles, jamais podendo ser alcançada e compreendida pelo homem em sua inteireza, devendo se procurar no processo a *certeza* dos fatos e não a *verdade* dos mesmos.

Segundo CARNELLUTTI *apud* RUBIO et all (2002: 178), temos:

A verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa (...) Em síntese, a verdade está no todo e não na parte; e o todo é demais para nós (...) Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza.

Já para DINAMARCO *apud* AVOLIO (2003: 39),

a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.

É oportuno ressaltar que um fato, ainda que pudesse ser totalmente reconstruído em juízo, poderia ser interpretado de diversas formas. Assim, um mesmo objeto pode ser interpretado de tantas maneiras quantos observadores houver.

O objetivo de um processo é provar as alegações deduzidas em juízo, mas o direito de descobrir a verdade ou de aproximar-se dela encontra limites traçados pelo próprio ordenamento jurídico, pois este não permite o sacrifício de bens dignos de tutela em nome da afirmação categórica do direito de provar os fatos alegados.

Ao juiz cabe dizer o direito no caso concreto e às partes cabe reconstruir os fatos por meio das provas. Em tempos atrás, a busca do conhecimento pela reconstrução dos fatos se dava a qualquer preço. Atualmente, no entanto, existem os direitos e garantias individuais a limitarem a atuação do Estado-Juiz na busca do conhecimento e alcance da certeza.

Logo, muitas vezes, a verdade real de um processo, ou melhor, a realidade dos fatos, fica comprometida em nome da preservação de outros valores também constantes do ordenamento jurídico e que merecem serem preservados. O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas existe para proteger outros direitos existentes no ordenamento jurídico como o direito à honra e à intimidade, dentre outros. Mas, nenhum desses direitos é capaz de prevalecer em detrimento de outro que proteja um valor jurídico que possua maior relevância em determinado caso concreto. E essa é a lógica do sistema jurídico. Todos os valores que estão em jogo são colocados em uma 'balança' e avalia-se qual deverá prevalecer ou qual é aquele cujo sacrifício será menor. É a aplicação do princípio da proporcionalidade amplamente difundido e necessário para a solução da maior parte dos problemas.

A tentativa cada vez mais constante em todos os ordenamentos jurídicos é aproximar a verdade processual com a verdade empírica dos fatos. Por isso, observa-se nos modernos ordenamentos jurídicos, o fortalecimento do princípio da persuasão racional do juiz e a conseqüente obrigação de fundamentar as decisões, a ilimitação dos meios de prova admitidos e a utilização de meios de cognição idênticos aqueles utilizados por ciências afins, como a filosofia, a psicologia e a sociologia.

É importante ressaltar o posicionamento de AVOLIO (2003:41) a respeito do tema do qual concordamos:

Se a verdade é um objetivo a ser alcançado no processo, não se pode mais contrapor a verdade formal à verdade material: no processo existe apenas

uma verdade, a verdade judiciária, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório, e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e exclusão das provas.

Assim, embora se reconheça que a descoberta da verdade como conhecimento dos fatos em sua inteireza é algo utópico, busca-se sempre alcançá-la. A questão é perceber até que ponto se justifica a reconstrução dos fatos e estabelecer seus limites.

## **4 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, ESCUTAS TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS**

### **4.1 Interceptação e Escuta Telefônicas e Gravação Clandestina: conceitos**

Interceptar quer dizer interromper, deter ou impedir a passagem. Juridicamente, as interceptações podem ser entendidas como atos de interferência nas comunicações telefônicas quer para impedi-las, quer para delas tomar conhecimento.

A interceptação telefônica consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Se realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, a interceptação telefônica é lícita.

Se na interceptação telefônica, há o conhecimento de um dos interlocutores, trata-se de escuta telefônica. No entanto, se a captação sub-reptícia da conversa entre presentes é efetuada por terceiro, dentro do ambiente onde se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes, denomina-se interceptação entre presentes ou interceptação ambiental. Por fim, quando a interceptação de conversa entre presentes é realizada por um terceiro com o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores, é denominada escuta ambiental. Concluindo, enquanto as interceptações são realizadas sempre por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, as escutas são realizadas também por um terceiro, mas com o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores.

Quando não há a interferência de um terceiro, sendo a conversa gravada pelo próprio interlocutor chama-se gravação clandestina. Quando a gravação se dá entre presentes, no mesmo ambiente, sendo gravada por um de seus participantes com o desconhecimento do outro, chama-se de gravação ambiental.

#### **4.2 A interceptação telefônica e a Lei n. 9.296/1996**

Antes da Constituição Federal de 1988, a ordem constitucional anterior garantia a inviolabilidade das comunicações telefônicas, excetuando-se apenas os casos de estado de sítio ou situações emergenciais (arts. 153, parágrafo 9º, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969 e arts. 165, parágrafo 2º, 155 e 158, parágrafo 1º).

Naquela época, vigorava o Código Brasileiro de Telecomunicações o qual previa em seu art. 57, inciso II, alínea "e" que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Havia grande divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à constitucionalidade deste dispositivo que permitia a interceptação telefônica, o que também ocorria no Código de Processo Penal que igualmente excepcionava a inviolabilidade do sigilo da correspondência e comunicações.

Com a Carta Magna de 1988 que inaugurou uma nova ordem constitucional, o art. 5º, inciso XII, dispôs expressamente sobre o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, quanto a esta última, quando obtida com autorização judicial, nas hipóteses em que a lei determinar, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, abriu-se uma possibilidade de permitir a interceptação telefônica, no entanto, a única lei existente à época era o Código Brasileiro de Telecomunicações.

De maneira feliz, em 24 de julho de 1996, foi publicada a Lei n. 9.296/96 que passou a regulamentar as interceptações telefônicas, de telemática e informática em nosso país. Essa lei, em seu art. 2º, elencou os casos em que não é possível a interceptação telefônica. Esqueceu-se, contudo, de dispor sobre a escuta e gravação telefônica.

A competência para a determinação da interceptação será do Juiz competente para o processamento da ação principal e a interceptação só será possível com o fim de produzir prova em investigação criminal e em processo penal.

Sem dúvida, houve por parte do legislador a intenção de proteger o direito à intimidade do indiciado ou do acusado, uma vez que é exigido o segredo de justiça, sob pena de o infrator incorrer em crime (art. 8º, caput, da Lei n. 9296/96). A gravação ou parte dela que não interessar ao processo será destruída.

Para que a interceptação telefônica seja autorizada, é necessário que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, que seja o único meio de prova a ser produzido, pois se o fato puder ser provado de outras formas, a interceptação não poderá ser autorizada. É necessário também que a infração penal investigada seja punida com pena de reclusão.

Quem tem legitimidade para pedir a decretação de interceptação telefônica é a autoridade policial na investigação criminal e o representante do Ministério Público na investigação criminal e na instrução processual penal, além da possibilidade de decretação de ofício pelo magistrado (art. 3º, incisos I e II da Lei n. 9.296/96).



Quando do deferimento do pedido, além da indispensável necessidade de fundamentação, sob pena de nulidade, é necessário também que se indique a forma de execução da diligência que não poderá ultrapassar 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Vale ressaltar que se tratando de procedimento sigiloso, a pessoa que terá as conversas telefônicas interceptadas e seu defensor não deverão ser cientificados do pedido, do deferimento e do processamento da interceptação, sob pena de essa restar infrutífera. Essas pessoas, no entanto, terão acesso aos autos e conteúdo das conversas interceptadas ao término do procedimento, após o apensamento ao inquérito policial ou ao processo, o que não demonstra violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais.

Mas, se ocorrer de o juiz negar o pedido de interceptação telefônica formulado pelo órgão do Ministério Público? Ou se ocorrer de o juiz determinar, de ofício, a interceptação telefônica do acusado e o órgão do Ministério Público acreditar que falta justa causa para tanto, o que fazer?

No primeiro caso, acreditamos que, havendo direito líquido e certo, cabe ao órgão do Ministério Público impetrar mandado de segurança em segredo de justiça a fim de que as pessoas que serão submetidas à interceptação não sejam intimadas da ação como litisconsortes. Já no segundo caso, é possível a impetração de habeas corpus em favor da pessoa investigada para impedir a interceptação quando faltar justa causa para a medida ou quando a ilegalidade for notória.

Não poderá haver, em qualquer caso, a interposição de recurso ordinário ou outro recurso pelo órgão do Ministério Público, da decisão que defere ou indefere a interceptação, haja vista que haveria a necessidade de serem oferecidas as

contra-razões pela pessoa que poderia ter as conversas interceptadas, o que tornaria a medida infrutífera.

### **4.3 A interceptação telefônica e o princípio da proporcionalidade**

De um lado existe o direito à intimidade. Do outro existe o direito à vida ou à liberdade que precisam ser preservados. Como todo e qualquer direito fundamental, o direito à intimidade também não é absoluto e deve ceder quando entram em jogo outros direitos fundamentais de igual ou maior relevância. Nesse aspecto, surge o princípio da proporcionalidade já estudado neste trabalho.

A doutrina tem se limitado a considerar lícita a divulgação de gravação sub-reptícia de conversa própria apenas quando se trate de comprovar a inocência do acusado. Como exemplo, podemos citar o caso de extorsão em que a prova é válida para comprovar a inocência do extorquido.

Sintetizando o pensamento de PRADO (2006:36), ao estudar o tema onde analisa vários casos em que há licitude na utilização da gravação admitida pela jurisprudência, podemos afirmar que:

- a) Quando a conversa telefônica é gravada por um terceiro, com a autorização e conhecimento de apenas um dos interlocutores e estando presente uma causa excludente de antijuridicidade, por exemplo, a legítima defesa. Para ilustrar esse caso, podemos citar a interceptação telefônica e a gravação de negociações realizadas entre seqüestradores de um lado e policiais e parentes da vítima do outro, com o conhecimento dos últimos. Nesse caso há licitude desse meio de prova. Se a conversa é gravada por um dos dois interlocutores, não se trata de interceptação, mas de conversa própria, não incidindo a proibição do art. 5º, inciso XII, da CF/88, pois não há em se falar em

investida criminosa com violação ao direito de privacidade, se o interlocutor grava diálogo com seqüestradores ou qualquer tipo de chantagista. No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem considerado prova ilícita a interceptação telefônica se não há excludente de antijuridicidade.

- b) A gravação de diálogo transcorrido em local público é lícita, tendo em vista a falta de violação da intimidade dos interlocutores.
- c) É lícita a prova colhida relativa à outra pessoa que não seja o investigado, mas que foi descoberta em decorrência de escuta telefônica previamente autorizada. Tal prova poderá servir, de maneira ampla, para incriminar o terceiro referido na escuta telefônica.

Por fim, vale destacar que afora os acontecimentos públicos, não estão protegidos pelo direito à intimidade os acontecimentos que não estejam revestidos de caráter secreto e aqueles onde não há quebra da confiança, sendo, pois, lícita a prova obtida nesses casos.

Vistos, de uma maneira geral, alguns aspectos importantes sobre a interceptação telefônica, a escuta telefônica e a gravação clandestina, vejamos agora outros tipos de prova que dependendo da forma como serão produzidas, podem se tornar provas ilícitas.

## 5 OUTROS TIPOS DE PROVA

### 5.1 A Busca e Apreensão

Ao falarmos sobre a busca e apreensão, necessariamente teremos que falar sobre o direito à intimidade do indivíduo e a inviolabilidade do domicílio assegurada pela Constituição Federal.

O art. 5º, inciso XI, da Carta Magna determina que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Como visto, a regra geral é que ninguém poderá penetrar na casa sem consentimento do morador, exceto nos casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, qualquer que seja o momento da ocorrência dessa circunstância. Para efeito de determinação do conceito, domicílio é a casa ou habitação onde a pessoa vive, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. Como todo direito fundamental, a inviolabilidade do domicílio é relativa, cedendo nos casos determinados no texto constitucional. Assim, poder-se-á entrar durante o dia, com autorização do morador em determinada casa ou habitação, havendo ou não mandado judicial e sem autorização do morador somente com o mandado judicial durante o dia. Se for à noite, somente poderá se adentrar no domicílio se houver autorização do morador, com ou sem mandado judicial e a qualquer momento, por ocasião da ocorrência de um flagrante ou no caso de desastre ou prestação de socorro.

O Código de Processo Penal estabelece a busca e apreensão em seus arts. 240 a 250. A busca e apreensão é uma medida cautelar e como qualquer medida de urgência necessita de dois requisitos básicos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A fumaça do bom direito consiste nas fundadas razões que autorizem a medida de busca e apreensão. Segundo SILVA (2005: 70), "a autoridade deverá dispor de elementos razoáveis que lhe permitam formar um juízo positivo, ainda que provisório, de que a medida será bem-sucedida. O mesmo se diga quanto à busca pessoal (art. 244, CPP)". Já o perigo da demora consiste no receio de não se ter um resultado positivo se a medida não for prontamente realizada.

De qualquer maneira, percebe-se que não há ilicitude da prova se não houver oposição do morador à entrada em seu domicílio sem mandado judicial. Se a colheita de provas é realizada em operação regular, as mesmas são válidas. Insta destacar também que se ocorre uma apreensão de forma ilegal e depois ocorre outra de maneira totalmente legal, a eventual ilicitude da primeira apreensão não contamina a segunda, de acordo com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se a polícia receber uma denúncia anônima dando conta da existência de um delito de tráfico de drogas no interior de uma residência e chegando lá proceder à busca e apreensão encontrando realmente grande quantidade de substância entorpecente, não há como tornar inválida essa prova, haja vista que o delito de tráfico de drogas é de natureza permanente, encontrando-se perfeitamente válido o flagrante. Por seu turno, o traficante não poderá utilizar-se do seu direito à intimidade para garantir um delito que vai contra a segurança da sociedade, sendo totalmente maléfico para a mesma.

Quanto à inviolabilidade da correspondência, a Constituição Federal de 1988 é enfática em seu art. 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. Comentando sobre citado artigo, NUCCI (2006: 513) diz que a Assembléia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado, pois a redação aprovada em segundo turno, no plenário, dizia que era inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual. Na verdade, foi a Comissão de Redação que, exorbitando os seus poderes, acrescentou as palavras 'comunicações', 'no último caso' e 'penal' ao texto, limitando constitucionalmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em Plenário.

Alguns doutrinadores entendem que a inviolabilidade das correspondências tem o caráter absoluto. Fazem parte dessa corrente doutrinária, Mirabete, Tourinho Filho, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. Já outros, entendem que as correspondências podem ser violadas caso tenha por finalidade evitar ou apurar o cometimento de crimes. Nessa corrente situam-se Alexandre de Moraes, Scarance Fernandes e César Dário Mariano da Silva, dentre outros. SILVA (2005: 72-73) alega que a inviolabilidade da correspondência ocorre até o instante em que ela cumpre o seu papel de instrumento de comunicação, pois a partir do momento em que chega ao receptor, deixa de ser considerada correspondência e passa a ser um documento qualquer, passível de ser apreendida por ordem judicial. Exemplifica o autor da seguinte forma:

Ora, se tivermos, de um lado, o direito à intimidade de um traficante de drogas, e, de outro, o direito à vida, segurança e saúde da sociedade, certamente estes últimos deverão prevalecer, pois são bem mais importantes. Não há como aceitar que um criminoso venha acobertar-se em normas constitucionais para praticar crimes extremamente graves. Não pretendemos fazer apologia da violação de direitos e garantias individuais, que nos são muito caros. Porém, utilizar-se deles para a prática de atividades ilícitas, com certeza não é o espírito da Constituição. De tal modo, havendo confronto entre o direito à intimidade de um traficante (p.ex)

e o direito da sociedade de se ver livre de pessoas perniciosas como ele, através do devido processo legal, esse último deverá preponderar.

O que de fato interessa é a salvaguarda do interesse público. Não se pode permitir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas. Afora isso, os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados para proteger atividades ilícitas, nem servir como afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal de atos criminosos. Assim, entendemos que as correspondências podem ser abertas para apurar a ocorrência de um crime, notadamente se a revelação do conteúdo da correspondência ou da comunicação telegráfica for imprescindível para a apuração da verdade. No caso de conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o total sacrifício de uns em relação aos outros.

## 5.2 A Confissão

Tempos atrás, a confissão era considerada a "rainha das provas", tendo um valor praticamente absoluto, pois bastava o investigado ou acusado confessar a prática do delito que a condenação do mesmo já era certa.

Atualmente, a confissão, assim como as demais provas presentes no Processo Penal, tem valor relativo e deve ser valorada juntamente com o conteúdo probatório constante nos autos. Não basta que o réu confesse o delito. É necessário que, além de o acusado confessar o crime de forma lícita, ou seja, de maneira livre e voluntária, as demais provas presentes no processo evidenciem que, de fato, o crime foi cometido por aquela pessoa. Via de regra, quando no inquérito policial o indiciado assume a autoria do delito, a investigação policial é encerrada, tendo em vista a fragilidade do procedimento policial que se resume no interrogatório do indiciado e nos depoimentos dos policiais presentes no flagrante.

O réu tem o direito de permanecer calado, sem que o seu silêncio possa ser interpretado em prejuízo da defesa. O artigo 186, com a redação dada ao seu parágrafo único é expresso ao dizer que o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Para que a confissão seja válida é necessário que o preso ou a pessoa investigada sejam informados do direito de permanecerem calados e da assistência da família e de advogado. Observe-se que se a pessoa investigada ou presa é alertada dos seus direitos constitucionais, eventual confissão da mesma assumindo a autoria do delito é perfeitamente válida.

Quando, no entanto, a confissão é obtida mediante tortura ou coação, seja ela psicológica ou física, é prova ilícita e insuscetível de validade. Torna-se oportuno ressaltar que enquanto a tortura é algo que se prolonga no tempo e visa esgotar a capacidade de resistência do investigado ou acusado levando-o a confissão por não mais suportar as constantes investidas contra a sua pessoa, a coação é algo isolado, exercido de uma só vez. Em qualquer hipótese, tal procedimento é banido, pois ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo o crime de tortura inafiançável e insuscetível de graça e anistia. Em 1997 surgiu a Lei n. 9.455 que define os crimes de tortura e dá outras providências, punindo severamente quem torturar a fim de obter uma confissão.

Insta destacar que enquanto a confissão obtida mediante tortura ou coação não pode servir de fundamento para uma eventual condenação, por se tratar de prova ilícita, as provas obtidas em decorrência dessa confissão, se obedecidos a todos os princípios constitucionais e legais, serão aptas a embasar um decreto condenatório, pois serão consideradas provas lícitas. SILVA (2005: 105), comentando sobre o assunto afirmou:



Como exemplo, suponhamos que um seqüestrador seja preso e confesse mediante tortura o local do cativeiro. No local apontado, o seqüestrado é libertado e reconhece seus algozes. Eles são presos e confessam judicialmente a prática do delito. Ora, todas essas provas foram obtidas a partir da prova ilícita (confissão mediante tortura). Perguntamos, haveria como não condenar a quadrilha de seqüestradores? Entendemos que, nessa situação, os torturadores devem ser rigorosamente punidos, mas as provas derivadas da confissão extraída ilicitamente não são contaminadas, pois obtidas por meios lícitos.

Se o investigado ou acusado concordar em realizar o interrogatório utilizando-se de certos métodos como a hipnose, o soro da verdade e o detector de mentiras, caso assuma a autoria do delito, não poderá se falar em confissão, haja vista que esses métodos científicos apesar de não serem vedados por lei, retiram a vontade do indivíduo. Nesse caso não estaremos falando de prova ilícita. No caso das intervenções corporais, tendo em vista o princípio da não auto-incriminação, ou seja, como ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, se a pessoa investigada ou acusada permitir a autoridade intervir em seu corpo e retirar material para exames laboratoriais, essa prova também será lícita.

A conversa informal havida entre o indiciado e os policiais só poderá ser utilizada como prova lícita, se houve a advertência quanto o direito ao silêncio e se o indiciado concordou, ainda que "tacitamente" com a gravação da conversa ou do seu interrogatório. Caso contrário, a prova é ilícita. Logicamente que mesmo que o indiciado não concorde de forma tácita com a gravação da conversa, poderá se utilizar do princípio da proporcionalidade, dependendo do caso concreto. Se a pessoa presa for alertada dos seus direitos constitucionais e mesmo assim revelar a autoria do delito, nada impede que os policiais que a prenderam sejam ouvidos como testemunhas, o que de maneira geral ocorre nas Comarcas do interior, sendo de plena valia a prova colhida, uma vez que nenhum direito do preso foi violado.

Se uma pessoa que não está presa nem é alvo de investigações assume a autoria de um delito e a pessoa que ouviu a autoria do crime prestar depoimento, a prova será lícita. Isso porque não houve violação a direitos e garantias constitucionais, tendo em vista que o direito à não auto-incriminação é da pessoa

presa que está sendo investigada ou processada. De toda sorte, somos sempre a favor da utilização do princípio da proporcionalidade para o aproveitamento das provas, principalmente quando o fato for grave e houver interesse público relevante.

### 5.3 Sigilo

Sigilo é o instrumento pelo qual se protege um segredo. Segredo é aquilo que não se pode revelar ou divulgar. Lecionando sobre os conceitos de sigilo e segredo, SILVA (2005: 75), assim os define:

Sigilo e segredo, muito embora comumente empregados como sinônimos, possuem significados distintos. Enquanto segredo é o que não pode ser revelado, sigiloso é o informe a que se tenha atribuído a qualidade de secreto e que se revelado a terceira pessoa poderá causar um dano para seu titular.

sigilo é uma das formas de manifestação do direito à intimidade protegido constitucionalmente (art. 5º, inciso X, CF/88). Além desse inciso, diversos outros dispositivos também protegem o sigilo, dentre os quais podemos citar a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI, CF/88), da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII, CF/88) e sigilo da fonte de alguma informação, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, inciso XIV, CF/88). Leis esparsas resguardam o sigilo fiscal (art. 198, CTN) e bancário (Lei Complementar n. 105, de 10/01/2001). O Código Penal, por sua vez, em seu art. 153, pune expressamente quem divulga segredo contido em documento particular ou correspondência. Já em seu art. 154 pune quem viola segredo em razão de sua profissão.

Existem diversos tipos de sigilo, dentre os quais podemos citar o sigilo profissional, o sigilo da fonte, o sigilo bancário, o sigilo fiscal, o sigilo das correspondências e o sigilo telefônico.

O sigilo profissional é aquele decorrente do art. 207 do Código de Processo Penal que proíbe de forma genérica as pessoas que, por sua atividade profissional, devam guardar sigilo. Se tais pessoas violarem esse sigilo, a prova dele resultante será ilícita, haja vista implicar lesão a direito material.

Mas se para a descoberta de um crime ou qualquer fato excepcional e grave for necessária a quebra do sigilo, esse deve ser violado haja vista que nenhum direito ou garantia tem o caráter absoluto. Nesse caso, deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade quando estão em jogo outros direitos de igual ou maior valia do que o direito à intimidade que é protegido pelo sigilo. Exemplo bastante citado na doutrina seria o caso de um criminoso que confessa a um médico a prática de vários crimes e pretende continuar praticando esses crimes, como homicídios, por exemplo. Observa-se que o direito à intimidade deve ceder frente ao direito à vida que deverá ser preservado. Ressalte-se, nesse contexto, que se houver justa causa para a revelação de um segredo, não há que se falar em crime, pois o Código Penal é enfático ao estabelecer a falta de justa causa para a configuração dos delitos tipificados nos artigos 153 e 154.

O sigilo da fonte embora guarde alguma semelhança com o sigilo profissional, são distintos. Enquanto o sigilo profissional protege o segredo revelado em virtude de uma relação de trabalho entre as partes, o sigilo da fonte procura propiciar o livre exercício profissional. Esse sigilo é estabelecido pelo art. 5º, inciso XIV, da Carta Magna ao dispor que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Esse sigilo é assegurado a todos os que atuam nos meios de comunicação social, podendo veicularem notícias e informação sem necessidade de dizer quem as forneceu. Como todos os demais direitos, não tem cunho absoluto, podendo ceder em face do tipo de notícia que se tenha conhecimento, como por exemplo, no caso de um jornalista que entrevistando um homicida em série, este revele que vai praticar vários assassinatos ou explodir um local público, não sendo de bom senso,

nesse caso, preservar a fonte, colocando em risco a segurança nacional e/ou o direito à vida.

O sigilo bancário é regulado pela Lei Complementar n. 105 de 10 de janeiro de 2001 que determina em seu artigo 1º que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, constituindo sua violação crime punível com a pena de 1 a 4 anos reclusão e multa, aplicando no que couber o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. A quebra do sigilo bancário poderá ser determinada quando for necessária para a apuração da ocorrência de qualquer ilícito penal, em qualquer fase do inquérito policial ou processo judicial. Ela poderá ser determinada pelo Poder Judiciário e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, após aprovação pelo plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões. O Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento no sentido da impossibilidade de o órgão do Ministério Público requisitar diretamente à Instituição Financeira dados sobre a movimentação bancária de um indivíduo, haja vista que a Lei Complementar dispôs expressamente que somente o Poder Judiciário e as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão determinar a quebra do sigilo bancário quando houver fundadas razões que a justifiquem. No entanto, existe entendimento contrário, do qual compartilhamos, de que o órgão do Ministério Público poderá requisitar diretamente informações bancárias sem a necessidade de autorização judicial para instruir os procedimentos administrativos de sua competência com fundamento no art. 129, inciso VI, da Carta Magna e art. 26, inciso I, alínea "b" e inciso II da Lei Complementar n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Assim, como os demais sigilos, o sigilo bancário que é uma espécie de direito ao sigilo dos dados e da intimidade é relativo, cedendo quando houver a existência de um interesse público superior.

O sigilo fiscal, assim como todos os outros sigilos, não possui caráter absoluto, podendo ser quebrado desde que haja fundadas razões que autorizem a sua quebra. Além das hipóteses previstas no art. 198 do Código Tributário Nacional,

o sigilo fiscal poderá ser quebrado quando houver ordem judicial, requisição do Ministério Público ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que devidamente fundamentadas, devendo-se, no entanto, manter em sigilo os dados obtidos.

O sigilo das correspondências está disposto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e à primeira vista parece ter caráter absoluto. No entanto, nenhum direito ou garantia fundamental tem caráter absoluto e todos devem obediência ao princípio das liberdades públicas, sendo sempre possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou maior importância, principalmente quando está em jogo interesse público relevante. Sobre a questão da inviolabilidade das correspondências, assim leciona SILVA (2005: 90):

Ora, como bem salientou Rui Barbosa, a inviolabilidade da correspondência ocorre até o instante em que ela cumpre o seu papel de instrumento de comunicação. A partir do momento em que ela chegou ao receptor, deixou de ser considerada correspondência e passou a ser um documento qualquer, passível de ser apreendida por ordem judicial, nos termos e na forma prevista em lei.

O mesmo ocorre com a correspondência eletrônica, (*e-mail*). A partir do momento em que ele é transmitido, teríamos, em tese, a sua inviolabilidade. Quando ele chega ao seu destino, torna-se um banco de dados, passível de apreensão como um documento qualquer.

Por fim, o sigilo telefônico refere-se à proteção das ligações telefônicas feitas ou recebidas por alguém. Ressalte-se que a quebra do sigilo telefônico é distinta da interceptação telefônica, pois não há intromissão de terceiro na conversa telefônica nem se exige observância da Lei n. 9.296/96. A quebra do sigilo telefônico importa a obtenção dos números para os quais alguém fez ligações ou as recebeu, o dia e horário dessas ligações e o tempo em que elas duraram, além de outras informações. Para que sejam obtidos os dados telefônicos é necessária ordem judicial devidamente fundamentada. O órgão do Ministério Público, no entanto, poderá requisitar diretamente à empresa de telefonia os dados telefônicos de alguém nos procedimentos de sua atribuição. Insta destacar que como toda e qualquer medida que viola o direito à intimidade, é necessária que ela seja devidamente fundamentada e necessária para a apuração de um crime ou de outro

fato relevante, sob pena de a prova assim obtida ser considerada ilícita em consonância com as razões acima expostas.

#### **5.4 A prova emprestada no Processo Penal**

Prova emprestada é aquela colhida em um processo e transportada para outro na forma documental. Só as provas casuais, formadas ao longo do processo, podem ser tomadas como prova emprestada, pois as provas pré-constituídas, como por exemplo, a escritura pública, são provas em qualquer processo, independentemente do seu número ou da natureza do mesmo. A possibilidade da utilização da prova emprestada, no âmbito criminal, é pacífica, desde que as partes sejam as mesmas nos dois processos em que a prova será utilizada, ou seja, a prova emprestada só tem validade se colhida perante o mesmo réu, pois nesse caso não desrespeitaria o princípio do contraditório e da ampla defesa na sua colheita. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem a observância do princípio constitucional do contraditório e, embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. O Superior Tribunal de Justiça também já esboçou entendimento no sentido de que a utilização da prova emprestada, por si só, não é suficiente para anular o decreto condenatório se esta não foi o único elemento de destaque utilizado para fundamentar a condenação.

Portanto, a prova emprestada só pode ser aproveitada se quem irá suportar seus efeitos teve a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Pensar o contrário, seria sufragar os direitos ao contraditório e a ampla defesa, plenamente assegurados pela Constituição Federal.

Questão delicada consiste em saber se é possível utilizar-se de um conteúdo de uma interceptação telefônica para fazer prova no âmbito do Direito

Administrativo, visando apurar uma infração disciplinar, ou em outras palavras, é possível o aproveitamento de uma prova produzida na esfera criminal para utilização como prova emprestada no âmbito extrapenal?

Tratando-se de uma prova produzida no âmbito criminal que foi submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, nada impede que a mesma prova seja utilizada na esfera administrativa, até porque, na maioria das vezes, um ilícito criminal caracteriza, também, um ilícito administrativo. Ressalte-se, contudo, que o servidor investigado (sindicado ou processado) deverá ser o mesmo que figurou no processo criminal como acusado ou réu.

No caso de uma interceptação telefônica, parte da doutrina entende que ela pode ser utilizada como prova emprestada em qualquer outro processo que não especificamente o criminal e outra parte da doutrina entende que somente na investigação e na instrução processual penal, é que a interceptação telefônica poderá ser utilizada, tudo de acordo com o que dispõe a lei. São adeptos dessa última corrente, Luiz Flávio Gomes, Vicente Greco Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro. Por seu turno, Nelson Nery Junior, Antônio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover fazem parte da outra corrente e aceitam a prova emprestada colhida através da interceptação telefônica na utilização em outros ramos do direito, desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes.

De fato, se a interceptação telefônica realizou-se com autorização judicial, para fins de investigação ou processo criminal, violou-se a intimidade dos interlocutores de maneira lícita, não restando mais nada a preservar, pois o valor 'intimidade' protegido constitucionalmente pela vedação das interceptações telefônicas já teria sido violado, tornando-se do conhecimento de terceiros o teor da conversa. Assim, se dessa prova puder advir, inclusive, uma sentença condenatória no âmbito penal, seria um contra-senso não poder essa mesma prova ser utilizada na esfera civil ou administrativa.

Esse posicionamento é o que vem sendo utilizado no Superior Tribunal de Justiça, onde se entendeu que sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei n. 9.296/96 e, uma vez que o impetrante também respondia a processo criminal, não há que se falar em nulidade no processo administrativo disciplinar, posto que evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, é plenamente possível ser emprestada a outro procedimento criminal e a outros ramos do direito como nas esferas civil e administrativa, a prova colhida em interceptação telefônica, desde que essa prova tenha sido realizada pelas mesmas partes e observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, tratando-se de prova obtida por meio lícito.



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente trabalho, enumeram-se as seguintes considerações finais:

1. Provar significa demonstrar a verdade de algo. A prova constitui-se, portanto, em elemento de vital importância para o processo, capaz de reconstruir um fato ocorrido de forma suficiente a convencer o julgador. A finalidade da prova é formar o convencimento do juiz sobre o que se alega e fundamentar a decisão final do processo perante a coletividade.

2. Objeto da prova é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser demonstrada no processo, enquanto meio de prova é tudo aquilo que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo.

3. No tocante às provas, existem alguns princípios informadores, dentre os quais pode-se destacar: o da auto-responsabilidade das partes, o da audiência contraditória, o da aquisição ou comunhão da prova, o da oralidade, o da concentração, o da publicidade, o do livre convencimento motivado, o da vedação das provas obtidas por meios ilícitos e o da liberdade probatória, dentre outros.

4. Cabe a parte fazer prova das suas alegativas.

5. As provas ilícitas, assim como as provas ilegítimas, fazem parte do gênero provas vedadas. Enquanto a prova ilícita é aquela obtida por violação ao direito material, a prova ilegítima afronta o direito processual.

6. Existem três posicionamentos acerca da admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo. Um defende a possibilidade de produção dessas provas no processo, enquanto outro entende ser juridicamente impossível essa produção. Já o terceiro posicionamento firma pela conciliação entre os dois anteriores. Somos

defensores do terceiro posicionamento, pois a prova ilícita poderá ser admitida quando for a única forma, possível e admissível, de ser demonstrada a verdade dos fatos.

7. O princípio da proporcionalidade deverá ser aplicado sempre que as vantagens que trouxer superarem as desvantagens. A Constituição veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, da mesma forma que ampara no mesmo artigo o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade que, eventualmente, deverão ser postos em confronto para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico deverá prevalecer, tendo em vista que a interpretação da norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso LVI, deverá ser feita em razão do contexto em que ela se encontra inserida, não somente em função do texto em que ela figura. Através da aplicação do princípio da proporcionalidade, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância.

8. As provas ilícitas por derivação são provas lícitas em si mesmas, mas que foram extraídas a partir de uma prova obtida por meio ilícito. Atualmente, entende-se que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se a prova derivada derivar de fonte própria, não fica contaminada por nenhum vício, podendo, deste modo, ser produzida em juízo, por não ter sofrido contaminação.

9. Via de regra, reconhecida a ilicitude da prova, esta deverá ser desentranhada do processo, não podendo o juiz fundamentar nela a sua decisão. No caso de ser interposto recurso junto ao Tribunal, deverão ser desconsideradas as provas ilícitas que foram irregularmente admitidas e valoradas na sentença de 1º grau, julgando o processo como se elas não existissem. Se, por acaso, o juiz não desentranhar a prova ilícita do processo, o acusado pode e deve requerer o seu desentranhamento, aplicando analogicamente o art. 145, inciso IV, do Código de Processo Penal. No entanto, a sentença do processo só será anulada se tiver sido fundamentada única e exclusivamente nas provas ilícitas, pois caso existam outras

provas suficientes para fundamentar a decisão, não será anulada nem a sentença nem o processo, segundo entendimento pacífico da jurisprudência.

10. No tocante às provas ilegítimas, o próprio ordenamento processual indicará as sanções decorrentes da desobediência de determinada norma procedimental. Assim, as conseqüências estarão sempre cominadas, implícita ou explicitamente, na própria lei processual.

11. A verdade está na totalidade dos fatos e não em parte deles, jamais podendo ser alcançada e compreendida pelo homem em sua inteireza, devendo se procurar no processo a certeza dos fatos e não a verdade dos mesmos. Embora se reconheça que a descoberta da verdade como conhecimento dos fatos em sua inteireza é algo utópico, busca-se sempre alcançá-la. A questão é perceber até que ponto se justifica a reconstrução dos fatos e estabelecer seus limites.

12. A interceptação telefônica consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Se realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, a interceptação telefônica é lícita. Se na interceptação telefônica, há o conhecimento de um dos interlocutores, trata-se de escuta telefônica. No entanto, se a captação sub-reptícia da conversa entre presentes é efetuada por terceiro, dentro do ambiente onde se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes, denomina-se interceptação entre presentes ou interceptação ambiental. Por fim, quando a interceptação de conversa entre presentes é realizada por um terceiro com o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores, é denominada escuta ambiental. Concluindo, enquanto as interceptações são realizadas sempre por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, as escutas são realizadas também por um terceiro, mas com o conhecimento de pelo um dos interlocutores.

13. Quando não há a interferência de um terceiro, sendo a conversa gravada pelo próprio interlocutor chama-se gravação clandestina. Quando a gravação se dá entre presentes, no mesmo ambiente, sendo gravada por um de

seus participantes com o desconhecimento do outro, chama-se de gravação ambiental.

14. A competência para a determinação da interceptação será do Juiz competente para o processamento da ação principal e a interceptação só será possível com o fim de produzir prova em investigação criminal e em processo penal.

15. Quanto à busca e apreensão, não há ilicitude da prova se não houver oposição do morador à entrada em seu domicílio sem mandado judicial. Se a colheita de provas é realizada em operação regular, as mesmas são válidas. Insta destacar também que se ocorre uma apreensão de forma ilegal e depois ocorre outra de maneira totalmente legal, a eventual ilicitude da primeira apreensão não contamina a segunda, de acordo com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

16. A confissão, assim como as demais provas presentes no Processo Penal, tem valor relativo e deve ser valorada juntamente com o conteúdo probatório constante nos autos. Não basta que o réu confesse o delito. É necessário que, além de o acusado confessar o crime de forma lícita, ou seja, de maneira livre e voluntária, as demais provas presentes no processo evidenciem que, de fato, o crime foi cometido por aquela pessoa.

17. Enquanto a confissão obtida mediante tortura ou coação não pode servir de fundamento para uma eventual condenação, por se tratar de prova ilícita, as provas obtidas em decorrência dessa confissão, se obedecidos a todos os princípios constitucionais e legais, serão aptas a embasar um decreto condenatório, pois serão consideradas provas lícitas.

18. Sigilo é o instrumento pelo qual se protege um segredo. Segredo é aquilo que não se pode revelar ou divulgar. O sigilo é uma das formas de manifestação do direito à intimidade protegido constitucionalmente (art. 5º, inciso X, CF/88). Além desse inciso, diversos outros dispositivos também protegem o sigilo, dentre os quais podemos citar a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI,

CF/88), da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII, CF/88) e sigilo da fonte de alguma informação, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, inciso XIV, CF/88). Leis esparsas resguardam o sigilo fiscal (art. 198, CTN) e bancário (Lei Complementar n. 105, de 10/01/2001).

19. Existem diversos tipos de sigilo, dentre os quais podemos citar o sigilo profissional, o sigilo da fonte, o sigilo bancário, o sigilo fiscal, o sigilo das correspondências e o sigilo telefônico. Se para a descoberta de um crime ou qualquer fato excepcional e grave for necessária a quebra do sigilo, esse deve ser violado haja vista que nenhum direito ou garantia tem o caráter absoluto. Nesse caso, deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade quando estão em jogo outros direitos de igual ou maior valia do que o direito à intimidade que é protegido pelo sigilo.

20. Tratando-se de uma prova produzida no âmbito criminal que foi submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, nada impede que a mesma prova seja utilizada na esfera extrapenal. Ressalte-se, contudo, que a parte contra a qual ela vai ser usada deverá ter participado do Processo Penal onde houve a sua produção.

## REFERÊNCIAS

### Livros:

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. **Da Prova no Processo Penal.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva.

\_\_\_\_\_. **Interceptação Telefônica.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho. **As Nulidades no Processo Penal.** 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no Processo Penal: teoria e interpretação dos Tribunais Superiores**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direitos Processual Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de. (coord). **Anuário Ibero-Americano de direitos humanos (2001/2002)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º Volume. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

**Artigos:**

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal.** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.

BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro.** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.

NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal.** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.

RAMOS, Máira Silva da Fonseca. **A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização.** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal.** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.

SOUZA, Alexander Araújo de. **A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.

USTÁRROZ, Daniel. **Provas ilícitas lícitas?** Disponível na Internet em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em abril de 2007.



APÊNDICE

## APÊNDICE A –

HC 51897 / SP ; HABEAS CORPUS  
2005/0215421-0

### Relator(a)

Ministro GILSON DIPP (1111)

### Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

### Data do Julgamento

20/06/2006

### Data da Publicação/Fonte

DJ 01.08.2006 p. 480

### Ementa

CRIMINAL. HC. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. NULIDADE DO PROCESSO.

**PROVAS ILÍCITAS.** VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 5º, INCISO XI, DA CF/88. EXISTÊNCIA DE OUTRAS **PROVAS** PARA A CONDENAÇÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que se alega a nulidade do processo em razão da produção de **provas ilícitas**, consistente em violação de domicílio sem mandado judicial, bem como por cerceamento de defesa, ante o indeferimento de diligências requeridas pela defesa.

Não restou demonstrada qualquer irregularidade na diligência efetuada pelos policiais na casa da tia do paciente, seja em decorrência de perseguição continuada aos autores do crime de roubo, seja pelo fato de a ocultação de armas de fogo sem autorização e em desacordo com a determinação legal constituir-se, por si só, em crime permanente, de modo que em ambas as situações se verificam as hipóteses de exceção à regra de inviolabilidade de domicílio, previstas no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal.

As fotografias do paciente obtidas pelos policiais na referida diligência não revelam a ilicitude da prova apontada pelo impetrante, porquanto além de não ter sido demonstrada a maneira como chegaram às mãos dos policiais, se foram entregues pela própria tia ou se foram por eles apreendidas, a verdade é que há nos autos outras **provas** que levaram à condenação do paciente.

Maior exame acerca da alegada ilicitude das **provas** produzidas no processo não pode ser feito em sede de habeas corpus face à

inafastável necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

Não há que se falar em cerceamento de defesa se após a constituição de advogado particular pelo réu, em substituição ao defensor dativo, a defesa não utilizou a restituição de prazo deferida pelo Juízo para o oferecimento de nova defesa prévia, deixando de arrolar as testemunhas no momento processual oportuno, somente vindo a fazê-lo na fase do art. 499 do código de processo penal.

A própria defesa poderia providenciar as fotos do local dos fatos e juntá-las aos autos a fim de demonstrar a suposta deficiência de iluminação, não sendo imprescindível à elucidação do crime o envio de ofício à companhia elétrica local.

Ordem denegada

HC 35654 / RO ; HABEAS CORPUS  
2004/0071325-4

**Relator(a)**

Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112)

**Órgão Julgador**

T6 - SEXTA TURMA

**Data do Julgamento**

07/03/2006

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 20.03.2006 p. 357  
LEXSTJ vol. 200 p. 292

**Ementa**

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. INQUÉRITO POLICIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. PRODUÇÃO DE **PROVAS ILÍCITAS**. INCARACTERIZAÇÃO. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO COM RESSALVA DE ENTENDIMENTO DO RELATOR.

1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que "A segurança pública,

dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio."

3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, verbis: "§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.

5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.

6. Não se fundando a condenação em **provas ilícitas**, mormente por não caracterizada a obtenção de confissão do co-réu por meio de tortura, é de rigor a sua preservação.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

8. Declaração de voto do Relator com entendimento contrário.

9. Ordem denegada. Concessão habeas corpus de ofício.

EDcl no HC 44849 / PE ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS  
2005/0096830-0

**Relator(a)**

Ministro GILSON DIPP (1111)

**Órgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

**Data do Julgamento**

08/11/2005

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 28.11.2005 p. 322

**Ementa**

CRIMINAL. HC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **PROVAS ILÍCITAS.**  
INTERCEPTAÇÃO  
TELEFÔNICA REALIZADA ANTES DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. OMISSÃO  
VERIFICADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO  
TRIBUNAL A QUO. EMBARGOS ACOLHIDOS APENAS PARA SANAR A  
OMISSÃO.

ACÓRDÃO EMBARGADO MANTIDO.

Hipótese em que se verifica omissão no acórdão embargado, no tocante  
à alegação de que as diligências de interceptação telefônica  
empreendidas contra o paciente teriam sido realizadas antes mesmo  
das autorizações judiciais e da expedição do primeiro mandado,  
constituindo, portanto, **provas ilícitas**.

Se a questão ventilada nos presentes embargos não foi examinada pelo  
aresto da impetração originária, o qual se limitou a afirmar a  
pendência de recurso de apelação, via adequada ao exame aprofundado  
de **provas**, ocasião em que a apontada nulidade relativa a **provas**  
**ilícitas** poderia ser analisada, o exame da matéria por esta Corte  
ocasionaria indevida supressão de instância.

Embargos acolhidos, tão-somente para sanar a omissão, mantido o  
acórdão impugnado.

HC 43050 / MG ; HABEAS CORPUS  
2005/0056062-5

**Relator(a)**

Ministro GILSON DIPP (1111)

**Órgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

**Data do Julgamento**

28/06/2005

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 01.08.2005 p. 501

### **Ementa**

CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ILICITUDE DAS **PROVAS** POR DERIVAÇÃO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO PARQUET. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 231/STJ. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou **ilícitas**, por derivação, todas as **provas** constantes da ação penal, absolvendo o paciente, o qual foi posteriormente condenado pelo Tribunal a quo, após interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público.

Não havendo a delimitação, pelo recorrente, quando da interposição do recurso de apelação, de qual aspecto do julgado deverá ser debatido pelo Tribunal, a insurgência genérica contra a decisão recorrida devolve, em regra, ao Órgão ad quem a apreciação de toda a matéria.

Evidenciado, pelas razões recursais, que houve a devolução ampla da discussão ao Tribunal a quo, seria descabida, após afastar a ilegalidade das **provas**, a determinação de remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para proceder à análise de seu mérito, razão pela qual não se pode admitir a alegada supressão de instância consistente no exame do conjunto probatório pela Corte Estadual.

O reconhecimento de circunstâncias atenuantes não pode levar à redução da reprimenda corporal aquém do mínimo legal. Incidência da Súmula nº 231 desta Corte.

V. Ordem denegada.

RHC 17025 / BA ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS  
2004/0173411-4

### **Relator(a)**

Ministro FELIX FISCHER (1109)

### **Órgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

### **Data do Julgamento**

05/05/2005

### **Data da Publicação/Fonte**

DJ 23.05.2005 p. 308  
RSTJ vol. 195 p. 482

### **Ementa**

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 5º, CAPUT, LEI Nº 7.492/76. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LIQUIDAÇÃO

EXTRAJUDICIAL. INFORMAÇÕES COLHIDAS PELO BANCO CENTRAL. **PROVAS ILÍCITAS**. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ART. 41, DA LEI Nº 6.024/74.

Não há ilegalidade na atuação do Banco Central se as informações obtidas, em razão de intervenção de liquidação extrajudicial, referem-se tão-somente à movimentação financeira da instituição bancária (in casu, Banco Econômico). Logo, para a obtenção das informações que respaldaram a notícia criminis encaminhada ao Ministério Público não era necessária autorização judicial determinando a quebra de sigilo bancário, tendo em vista haver, na hipótese (liquidação extrajudicial), prerrogativa do BACEN (art. 41, da Lei nº 6.024/74) (Precedente do STJ).

Recurso desprovido.

HC 35370 / SP ; HABEAS CORPUS  
2004/0064876-7

**Relator(a)**

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

**Órgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

**Data do Julgamento**

19/08/2004

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 27.09.2004 p. 377

**Ementa**

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. OUTROS MEIOS. VIABILIDADE DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE.

Não se admite o trancamento da ação penal se a denúncia vem lastreada por **provas** idôneas e longe do caminho daquelas argüidas como **ilícitas**.

O procedimento administrativo não vincula a viabilidade da ação penal, porque meramente informativo.

Ordem denegada, prejudicado o pleito liminar.

RHC 14543 / MG ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS  
2003/0097848-5

**Relator(a)**

Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)

**Órgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

**Data do Julgamento**

09/03/2004

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 17.05.2004 p. 242

**Ementa**

PENAL E PROCESSO PENAL - PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO -

**PROVAS ILÍCITAS - INOCORRÊNCIA.**

- A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de **provas**, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.

- Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.

- A Lei Complementar n.º 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV).

Recurso desprovido

REsp 204080 / CE ; RECURSO ESPECIAL  
1999/0014420-1

**Relator(a)**

Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107)

**Órgão Julgador**

T6 - SEXTA TURMA

**Data do Julgamento**

21/08/2001

**Data da Publicação/Fonte**



DJ 01.10.2001 p. 255

JBC vol. 47 p. 145

#### Ementa

RESP. CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE LEI. PRONÚNCIA. **PROVAS ILÍCITAS**. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA 7.

1. A falta de particularização do artigo de lei, tido por violado, inviabiliza a abertura da via especial. O acórdão não necessita referir-se ao dispositivo especificamente, sendo suficiente a abordagem e exame do tema objeto do recurso, pois, do contrário, conforme ensinamento corrente, não há como fazer-se o controle quanto à correta interpretação da lei federal em relação à matéria. A parte recorrente, no entanto, forçosamente, há que indicar o dispositivo maltratado para possibilitar o exame de sua adequação e pertinência à matéria debatida.

2. Os recorrentes foram pronunciados em segundo grau, em função de provimento de recurso em sentido estrito manejado pela assistente da acusação.

3. A pronúncia, consoante lançado no acórdão, não teve por base meras conjecturas, mas indícios demonstrativos de autoria, não, evidentemente, de modo incontroverso, mas de simples admissibilidade de acusação. Não foram estes indícios, no entanto, derivados de **provas ilícitas** (utilização de dados telefônicos sem autorização judicial), mas autônomos, sem a contaminação de que fala a teoria dos frutos da árvore envenenada.

4. A verificação da potencialidade destes indícios para a pronúncia é intento que reclama investigação probatória, atraindo a incidência da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Recursos especiais não conhecidos

RMS 8559 / SC ; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
1997/0037888-8

#### Relator(a)

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084)

#### Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

#### Data do Julgamento

12/06/1998

#### Data da Publicação/Fonte

DJ 03.08.1998 p. 328

#### Ementa

RMS - CONSTITUCIONAL - PROCESSO PENAL - PROVA ILICITA - ADMITEM-SE, EM JUIZO, TODOS OS MEIOS DE PROVA, SALVO AS OBTIDAS POR MEIO ILICITO (CONST., ART. 5., LVI). AS **PROVAS ILICITAS**, PORQUE PROIBIDAS, NÃO PODEM SER CONSIDERADAS. CUMPRE DESENTRANHA-LAS DOS

AUTOS.

**Informativo**  
197 (RE-251445)

**Título**  
Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições)

**Artigo**

Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições) RE 251.445-GO\* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOCTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos

cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local. DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 586/587): "ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES. NULIDADES: PREJUÍZO INDEMONSTRADO. SENTENÇA. PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS. CONSERVAÇÃO DA PARTE IMACULADA. ABSOLVIÇÃO DAS IMPUTAÇÕES QUE DELAS DEPENDAM. CORRELAÇÃO ADEQUADA ENTRE A SINTÉTICA DENÚNCIA E A CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DOS AUTOS. PENA: DIMINUIÇÃO. - Não basta a simples indicação de nulidades relativas, cobra-se para sua declaração, além da prova do prejuízo, a impugnação congruo tempore. - Fotos surrupiadas de seu proprietário, que atentem contra a intimidade, direito constitucionalmente reconhecido, são imprestáveis para sustentar um provimento condenatório, pois ilícitas, devendo ser retiradas dos autos e devolvidas. Não aproveitável é, ainda, a ilegítima perícia de verificação do local do delito, realizada em desacordo com a legislação penal. - Sendo o processo uma seqüência coordenada de atos, no seu aspecto extrínseco, devem prevalecer aqueles atos não atingidos pelos viciados, preceitua o artigo 793, § 1º, Código de Processo Penal, inclusive a sentença (ato múltiplo), em consonância com o princípio da conservação dos atos jurídicos. - Com o expurgo das provas ilícitas e ilegítimas, deve prevalecer o provimento condenatório que guarda correlação com a sintética denúncia, somente quanto a uma das imputações, estribada nos elementos dos autos, consubstanciados na palavra coerente e concatenada da vítima em ambas as fases da persecução penal, roborada pelas confissões extrajudiciais dos réus e demais provas documentais. - Merece diminuição a pena imposta, considerando várias condutas, por não mais existirem no mundo do processo. - Apelação parcialmente provida." (grifei) A douta Procuradoria-Geral da República, em manifestação da lavra do eminente Suprocurador-Geral da República, Dr. MARDEM COSTA PINTO, opinou pelo conhecimento e pelo provimento parciais do recurso extraordinário, em parecer assim ementado (fls. 658): "Recurso extraordinário. Alegação de contrariedade ao artigo 5º, incisos X e LVI, da CF, consubstanciada na aplicação distorcida de tais dispositivos visando a reformar, parcialmente, a sentença condenatória. Provimento, em parte, do recurso da acusação, afastando-se a alegação de prova ilícita quanto ao crime do art. 241 da lei 8.069/90, por improcedente a tese da ilicitude da prova. Existência, ademais, de outras provas suficientes à condenação dos réus em relação ao delito acima referido. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Pelo conhecimento parcial e provimento do presente recurso extraordinário." (grifei) Passo a apreciar o presente recurso extraordinário. E, ao fazê-lo, dele conheço, em parte, nos termos do parecer da

douta Procuradoria-Geral da República, eis que o Ministério Público Estadual, ao pretender a restauração integral da sentença penal condenatória proferida em primeira instância, busca, na realidade, e no que se refere, especificamente, à absolvição dos ora recorridos quanto aos delitos de estupro (contra a menor D.P.M.F.) e de atentado violento ao pudor (contra os menores A.A.D. e A.O.M.), promover a reavaliação dos elementos fáticos produzidos no processo penal de conhecimento. Essa pretensão - como corretamente advertiu a douta Procuradoria-Geral da República (fls. 661) - sofre as restrições inerentes ao recurso extraordinário, em cujo âmbito não se reexaminam fatos e provas, circunstância essa que faz incidir, na espécie, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, impõe-se destacar a absoluta impropriedade de proceder-se, na sede excepcional do apelo extremo, a indagações, que, em última análise, culminarão por induzir ao exame da prova, em ordem a viabilizar - a partir da incabível aferição dos elementos fáticos subjacentes à causa penal - a própria reforma do decreto de absolvição consubstanciado no acórdão ora recorrido. Não custa enfatizar, por isso mesmo, consoante adverte o magistério da doutrina (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "Recursos no Processo Penal", p. 269/270, item n. 176, 1996, RT), que o reexame dos fatos e das provas constitui matéria estranha ao âmbito de atuação do recurso extraordinário (Súmula 279/STF). Sendo assim, limito-me a examinar o presente recurso extraordinário unicamente no ponto em que o Tribunal de Justiça local, ao reconhecer a ilicitude da prova fotográfica produzida contra os ora recorridos, veio a absolvê-los da imputação referente ao delito tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/7/90). Esse específico aspecto da questão foi bem resumido pelo Ministério Público Federal, que, ao expor os limites da controvérsia instaurada na presente sede recursal extraordinária, fez consignar, em seu parecer, que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao declarar a insubsistência da condenação penal dos ora recorridos, imposta em primeira instância com fundamento no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "sustentou que as fotografias acostadas aos autos foram obtidas de forma ilícita..." (fls. 663). A douta Procuradoria-Geral da República, embora discordando da decretação, pelo Tribunal de Justiça local, da ilicitude da prova fotográfica, reconhece que as fotografias em questão "foram entregues, espontaneamente, a policiais civis, pelo menor Francisco Brito Correia" (fls. 663) e que "Possível evento criminoso anterior, com arrombamento de cofre por parte de terceiro, que recolheu as fotos de seu interior, entregando-as depois à polícia, não tem o condão de afastar a realidade objetiva, que é a ocorrência ilícita consumada com o ato de fotografar crianças e adolescentes em poses pornográficas, e, assim, impedir a apuração e punição do fato" (fls. 663 - grifei). A questão suscitada na presente causa, portanto, consiste em discutir se fotografias subtraídas do consultório profissional de um dos recorridos, por terceira pessoa (que as furtou, entregando-as à Polícia - fls. 6 e 447), podem, ou não, ser utilizadas em juízo, contra os réus, para incriminá-los. No caso, consoante registram os autos (fls. 06) e conforme atesta a própria sentença proferida em primeira instância (fls. 447), as fotografias - que constituem a prova material do delito tipificado no art. 241 da Lei nº 8.069/90 - foram entregues à Polícia pelo

menor Francisco Brito Correia (fls. 10), a quem se atribuiu a autoria do furto do álbum fotográfico em questão. Segundo registram os autos, o recorrido, Waldemar Lopes de Araújo, foi procurado pelo menor Francisco Brito Correia, que, objetivando auferir vantagem pecuniária indevida (ato infracional correspondente ao delito de extorsão), disse-lhe possuir algumas provas reveladoras de seu envolvimento em práticas delituosas, provas essas consubstanciadas no material fotográfico furtado do consultório odontológico desse mesmo réu. Como Waldemar Lopes de Araújo - conforme declarou em juízo - nada receasse, "chamou a polícia..." (fls. 176). Note-se, portanto, que a Polícia somente teve acesso ao material fotográfico incriminador desse recorrido e dos demais co-réus, porque localizou-o em poder de Francisco Brito Correia, que, atuando juntamente com outro menor, teria promovido o arrombamento do consultório profissional de Waldemar Lopes de Araújo, subtraindo, do interior de um cofre ali existente, as fotografias em questão (fls. 48 e 175 v/176), para sua ulterior utilização como instrumento de extorsão dos adultos que nelas figuravam em cenas pornográficas e de sexo explícito. Observe-se, neste ponto, tal como destacado pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 663, item n. 15), que a portaria de instauração do inquérito policial consignou esse específico aspecto ora rememorado (fls. 06). Com efeito, enfatizou-se, nesse peça inaugural da investigação penal, que os agente policiais, acionados para atenderem a uma ocorrência de roubo, dirigiram-se ao local do fato (onde se situa o consultório profissional de Waldemar Lopes de Araújo) e, em ali chegando, abordaram o suposto autor do ilícito penal em questão, o menor Francisco Brito Correia, "de posse de um álbum, com várias fotografias de crianças nuas..." (fls. 09/10). A partir desses elementos de informação, os agentes policiais constataram que os menores Francisco Brito Correia e João Marcos (este teria sido vítima de abusos sexuais praticados por Waldemar Lopes de Araújo), na realidade, objetivavam, com as fotografias de que dispunham (um total de cinquenta fotos, todas coloridas - fls. 10), extorquir dinheiro do recorrido em questão, ameaçando-o com a entrega do material fotográfico a uma emissora de televisão (TV Cultura de Planaltina/GO - fls. 09 e 90/91). Esse, pois, é o quadro fático, dentro do qual caberá analisar-se a questão concernente à licitude, ou não, da utilização, em juízo, pelo Estado, de material fotográfico incriminador, cuja apreensão, pela Polícia, no curso de investigação penal, somente ocorreu, porque entregue pelo menor adolescente que o havia furtado do consultório profissional de um dos recorridos. A controvérsia suscitada na presente sede recursal extraordinária impõe algumas reflexões em torno da relevantíssima questão pertinente ao tema da ilicitude da prova e das suas relações com os princípios constitucionais e os postulados legais que regem, em nosso sistema jurídico, o processo penal de condenação. Como se sabe, o processo penal condenatório, em nosso ordenamento positivo, delinea-se como estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele, antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu. Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório. A persecução penal, cuja

instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, desse modo, representa uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. A própria exigência de processo judicial já traduz poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. Com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina, "a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, essencialmente judiciária" (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, "Droit Pénal Général et Procédure Penale", tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense). Dentro desse contexto, assume relevo indiscutível o encargo processual, que, ao incidir sobre o Ministério Público, impõe-lhe o ônus de comprovar, de modo lícito, os fatos constitutivos sobre os quais repousa a pretensão punitiva do Estado. Daí a grave advertência constante do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "O poder de acusar supõe o dever estatal de provar, lícitamente, a imputação penal" (RTJ 161/264, 265, Rel. Min. CELSO DE MELLO). A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai, por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma garantia jurídica de fundamental importância, destinada a tutelar e a proteger o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Na verdade, e como nenhuma acusação penal se presume provada, também não se justifica, sem base probatória juridicamente idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, que, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário incumbido de sentenciar a causa penal, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet* (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de

ilicitude. A norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988 consagrou, entre nós, com fundamento em autorizado magistério doutrinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Novas Tendências do Direito Processual", p. 60/82, 1990, Forense Universitária; MAURO CAPPELLETTI, "Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte", in *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, "Prove illecite e Costituzione", in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada, sempre - pelos juízes e Tribunais, "por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade..." (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Novas Tendências do Direito Processual" p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *exclusionary rule* - considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado - destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967 - *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961 - *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), impondo, em atenção ao princípio do *due process of law*, o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público. No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508). Foi por tal razão que esta Corte Suprema, quando do julgamento da Ação Penal 307-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, desqualificou, por ilícita, prova cuja obtenção

decorrera do desrespeito, por parte de autoridades públicas, da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (RTJ 162/4, item n. 1.1). Se, no entanto, como ocorreu no caso ora em exame, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a res furtiva, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova. Cabe referir, neste ponto, o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER ("Liberdades Públicas e Processo Penal", p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem - tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional - não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: "A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

..... Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade." (grifei) Essa mesma orientação é registrada por VÂNIA SICILIANO AIETA ("A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), que, embora destacando a possibilidade de incidência excepcional do princípio da proporcionalidade em situações extraordinárias que exijam a preservação do equilíbrio entre valores fundamentais em antagonismo (como ocorre, por exemplo, no caso de interceptação telefônica, judicialmente não autorizada, das negociações entre seqüestradores e familiares da vítima, com o conhecimento destes últimos: RTJ 163/759, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), reconhece que "Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os



casos, lesa princípios constitucionais" (grifei). Por isso mesmo, assume inegável relevo, na repulsa à "crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria", a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" in RDA 213/149-163), rejeita qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade: "O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. .... Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas." (grifei) Também sustentando a tese de que o Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, ainda que sob invocação do princípio da proporcionalidade, impõe-se relembrar o entendimento de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO ("O Direito à Defesa na Constituição", p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva) e de GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI ("Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado", in Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235). Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do Tribunal a quo, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade. Sob tal perspectiva, tenho como incensurável a advertência feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, in "Os 10 Anos da Constituição Federal", coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas): "Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo. De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade

tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade." (grifei) Cumpre analisar, finalmente, o fundamento do acórdão recorrido, no ponto em que reputou ilegítima, sob uma perspectiva estritamente constitucional, a "perícia de verificação do local do delito" (v. laudo a fls. 98/103). O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu que a diligência probatória em questão, realizada sem mandado judicial no consultório odontológico de Waldemar Lopes de Araújo, e sem autorização deste (consoante expressamente reconhecido, em juízo, pelos agentes policiais que participaram do levantamento pericial - fls. 211/212), importou em transgressão ao art. 5º, XI, da Constituição, pelo fato de a perícia ali efetivada - de que resultaram elementos de informação contrários aos acusados (fls. 16) - haver sido procedida em local juridicamente qualificado como de natureza domiciliar (CP, art. 150, § 4º, III). Também aqui entendo assistir plena razão ao Tribunal de Justiça de que emanou o acórdão ora recorrido, pois a ilicitude por ele proclamada teve por fundamento o reconhecimento de que a questionada atividade probatória do Poder Público - precisamente porque realizada sem ordem judicial - violou, efetivamente, a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Impende acentuar, neste ponto, por necessário, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, como abrangido pela proteção constitucional reservada ao domicílio, o local onde alguém, como Waldemar Lopes de Araújo (que é cirurgião-dentista), exerce determinada atividade profissional (RTJ 162/3, 244-258). A proteção constitucional ao domicílio emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no art. 5º, XI, da Carta Política, que proclama, em norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (grifei). A Carta Federal, pois, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto (a) nas hipóteses previstas no texto constitucional ou (b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto privado, como o único titular do direito de inclusão e de exclusão. Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de "casa", para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de "casa" - que abrange e se estende aos consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas (DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código Penal Anotado", p. 505-506, 10ª ed., 2000, Saraiva) - revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional

de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (RT 214/409 - RT 277/576 - RT 467/385 - RT 635/341). É por essa razão que a doutrina - ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico - adverte que o princípio da inviolabilidade domiciliar estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo V/187, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. I/261, item n. 150, 1989, Forense Universitária; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/82, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/36-37, 1990, Saraiva; CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. III/91, 1948, Freitas Bastos; DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI, "Inviolabilidade do Domicílio na Constituição", p. 70-78, 1993, Malheiros, v.g.). Sendo assim, nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem quaisquer outros agentes públicos podem, a não ser afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, ingressar em domicílio alheio, sem ordem judicial ou sem o consentimento de seu titular (como ocorreu no caso, segundo reconheceram, em juízo, os próprios agentes policiais - fls. 211/212), com o objetivo de, no interior desse recinto, procederem a qualquer tipo de perícia (é a hipótese dos autos) ou de apreenderem, sempre durante o período diurno, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Em suma: a essencialidade da ordem judicial, para efeito de realização de qualquer diligência de caráter probatório, em área juridicamente compreendida no conceito de domicílio, nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade domiciliar. Daí a advertência - que cumpre ter presente - feita por CELSO RIBEIRO BASTOS, no sentido de que, tratando-se do ingresso de agentes estatais, em domicílio alheio, sem o consentimento do morador, "é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu portanto a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa" ("Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/68, 1989, Saraiva - grifei). Vê-se, portanto, tendo-se presentes as circunstâncias do caso ora em exame, que a Polícia Judiciária incidiu em dupla ilicitude em suas diligências probatórias, provendo o Ministério Público com elementos informativos que não podiam ser utilizados, no processo, contra os ora recorridos, porque contaminados pelo vício da transgressão constitucional. Não vejo, desse modo, como acolher a postulação recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Goiás. Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário. Devolvam-se os autos ao E. Superior Tribunal de Justiça, que os encaminhou a esta Corte, por vislumbrar, corretamente, a ocorrência, no caso, de uma típica hipótese de prejudicialidade (fls. 646/652). Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2000 Ministro CELSO DE MELLO Relator \* decisão publicada no DJU de 3.8.2000

**Informativo**

41 (-)

**Título****Escuta Telefônica****Artigo**

Indeferido habeas corpus impetrado sob alegação de haver sido o paciente condenado com base em provas ilícitas (informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz antes da Lei 9296/96). A Turma entendeu que essas informações, embora houvessem facilitado a investigação - iniciada, segundo a polícia, a partir de denúncia anônima - não foram indispensáveis quer para o flagrante, quer para a condenação. HC 74.152-SP, rel. Min. Sydney Sanches, 20.08.96.