

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

PÂMELLA MAZALLI CINIELLO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

CURITIBA

2013

PÂMELLA MAZALLI CINIELLO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

Monografia de Conclusão de Curso, apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná – UTP

Orientador: Professor Dálio Zippin Filho

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PÂMELLA MAZALLI CINIELLO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná

Curitiba _____ de _____ de 2013

Prof.Ph.D. Eduardo de Oliveira Leite
Coordenação do Núcleo de Monografia
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador: _____

Prof. Dálio Zippin Filho
Universidade Tuiuti do Paraná
Curso de Direito

Prof.
Universidade Tuiuti do Paraná
Curso de Direito

Prof.
Universidade Tuiuti do Paraná
Curso de Direito

Dedico este trabalho aos meus familiares, por todo o apoio e força nos momentos em que mais precisei, e em especial à minha mãe. Meu eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me mostrar que sou guiada e iluminada pela sua presença divina.

Agradeço ao meu orientador Professor Dálio Zippin Filho que disponibilizou seu tempo e todo seu conhecimento, o qual foi de suma importância para a realização desse trabalho.

Agradeço aos meus familiares, à minha mãe, meu pai e minhas irmãs, pelo amor incondicional, pela paciência, apoio e incentivo na realização deste sonho.

Agradeço a todos os professores que com dedicação e competência transmitiram seus ensinamentos e experiências ao longo do curso.

Agradeço aos meus amigos, pois sem eles eu não seria nada, em especial as minhas amigas Caroline Correia e Fernanda Mancini, as quais estiveram sempre ao meu lado durante esses cinco anos de faculdade.

RESUMO

O presente trabalho, de cunho bibliográfico, tem por objetivo discorrer sobre a interceptação telefônica como meio de prova, inserida no texto da Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XII, e, regulamentada pela Lei n.º 9.296/96. Pretende-se analisar os requisitos da interceptação telefônica para que a mesma seja considerada válida e, também diferenciar interceptação telefônica, a qual se subdivide em interceptação em sentido estrito e escuta telefônica, de gravação clandestina. Para atingir o referido objetivo, utilizou-se como embasamento teórico o estudo relativo ao direito à prova no processo penal; as provas ilícitas por derivação e as provas ilícitas *pro reo*. Na pesquisa foram analisados alguns acórdãos, verificando os critérios utilizados e o entendimento do referido assunto pelos Tribunais. A análise permitiu chegar a conclusão que grande parte da doutrina e da jurisprudência é unânime em relação a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, no sentido de acolher as provas ilícitas em benefício do réu. E, que também grande parte da jurisprudência considera como meio de prova lícita a gravação clandestina, pelo fato de não haver causa legal de sigilo.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Inviolabilidade. Legalidade. Provas ilícitas por derivação. Provas ilícitas *pro reo*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS 8	
2.1	ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	8
2.1.1	Breve Histórico	8
2.1.2	Do sigilo das comunicações telefônicas	8
3	INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	10
3.1	CONCEITO.....	10
3.2	NATUREZA JURÍDICA.....	11
3.3	DIFERENÇA ENTRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ESCUTA TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA	11
3.4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	13
3.4.1	Interceptação telefônica e o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça	13
3.4.2	Interceptação telefônica e o entendimento do Supremo Tribunal Federal....	15
4	INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FACE A LEI N.º 9.296/96	19
4.1	ABRANGÊNCIA DA LEI	19
4.2	REQUISITOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	20
5	DAS PROVAS ILÍCITAS	24
5.1	CONCEITO E FINALIDADE	24
5.2	DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	25
5.3	ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA <i>PRO REO</i>	27
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
	REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

A Interceptação Telefônica é um tema de grande importância para sociedade, por ser um meio colocado à disposição do Estado para as investigações de maior complexidade, envolvendo Organizações Criminosas, a fim de esclarecer os fatos e obter provas.

É medida cautelar, sendo assim, admitida apenas em caráter excepcional, devendo ser utilizada em *ultima ratio*, com o intento de investigação criminal ou instrução processual penal.

O Estado buscando limitar o uso indiscriminado deste meio, objetivando a proteção dos Direitos e as Garantias Fundamentais, regulamentou o artigo 5º, inc. XII da Constituição Federal de 1988, o qual fixa ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Com surgimento da Lei nº. 9.296/96 foram estabelecidos os requisitos para a autorização da interceptação telefônica, devendo estes, serem observados para que seja reconhecida sua validade, sob pena da prova dela resultante ser considerada ilícita e conseqüentemente, inadmissível no processo, devendo assim, ser desentranhada do processo, bem como as provas derivadas das ilícitas.

Se tratando de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, sua ilicitude é eliminada, o entendimento doutrinário é no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado, através do princípio *favor rei*.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

2.1.1 Breve Histórico

As constituições brasileiras, a partir do Império, sempre garantiram o sigilo das correspondências e das comunicações de forma absoluta. Não eram previstas quaisquer exceções nos textos constitucionais, a não ser na Carta de 1937 que, em seu artigo 122, inciso VI, determinava “*a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções expressas em lei*”.

A Constituição Federal de 1988 cuidou expressamente da interceptação e da gravação dos meios de comunicação em seu artigo 5º, inciso XII, o qual declara ser: “inviolável o sigilo das correspondências 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 de instrução processual penal”.

Ao mesmo tempo, o artigo 57, inciso II, *alínea e*, do Código Brasileiro de Telecomunicações, estabelecia não constituir violação à interceptação de telecomunicações quando permitida por Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Ainda, o dispositivo do artigo 56, parágrafo 2º regulamentava que somente as estações e postos oficiais poderiam interceptar telecomunicação.

A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996 surgiu para regulamentar o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, propiciando a concessão da ordem judicial para a realização das interceptações telefônicas.

Nesse mesmo sentido Raimundo Amorim de Castro:

A Corte Suprema brasileira, na sua função institucional de guardiã da Constituição, posicionou-se no sentido garantista e cumpridora da vontade do legislador constituinte, assim mesmo, procurou avançar, buscou dar plausibilidade aos casos concretos. Após sete anos de controvérsias, em julho de 1996, entrou em vigor a Lei 9.296/96, onde regulamentou as restrições à intimidade, imposta pelo legislador constituinte, constante no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal. (CASTRO, 2009, p. 125-126)

2.1.2 Do sigilo das comunicações telefônicas

O sigilo das comunicações telefônicas é um dos Direitos Fundamentais elencados na Constituição Federal 1988, o qual surge no campo jurídico como uma forma de defesa para o cidadão que não quer certos fatos venham a ser revelados, fatos esses relevados a terceiros em razão de boa-fé, confiança, entre outros.

A Constituição Federal de 88 garante a inviolabilidade do direito ao sigilo em seu artigo 5º, inciso XII: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*. Como se vê, a norma constitucional engloba todos os meios de comunicação.

O direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, de que tratam os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, são intangíveis, ou seja, intocáveis. Sendo proibida, salvo por ordem judicial nos casos de sigilo da correspondência e da inviolabilidade de domicílio, a determinação da respectiva violação. (PACELLI, 2007).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 595): *“[...] o segredo das comunicações telefônicas, ou simplesmente, sigilo telefônico, é um prolongamento do direito à privacidade e à intimidade”*.

Antonio Scarance Fernandes entende que: *“[...] o sigilo é necessário em relação a terceiros, pois não se deve dar publicidade às conversas, as quais abrangem pessoas não investigadas e podem conter revelações sobre suas vidas íntimas”*. (FERNANDES, p. 60 *apud*, GOMES, 1997).

3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

3.1 CONCEITO

Entende-se por Interceptação Telefônica, o ato de interferir nas comunicações telefônicas, de maneira a impedi-las ou de ter acesso ao seu conteúdo.

Na definição de Capez:

Interceptação provém de interceptar – intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores. **Subdivide-se em: a) interceptação em sentido estrito; b) escuta telefônica.** [grifo meu] (CAPEZ, 2007, p. 293).

No mesmo sentido, Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha define e diferencia:

A interceptação se caracteriza pela intervenção ou intromissão de um terceiro na conversação telefônica mantida entre duas pessoas. Também pode ser dividida em duas espécies: com o conhecimento de um dos interlocutores, o que constitui a escuta telefônica, ou sem o consentimento de ambos, o que importa numa verdadeira interceptação, em seu sentido restrito. (ARANHA, 2004, p. 275).

De forma mais sucinta e direta, Luiz Francisco Torquato Avolio conceitua: *“interceptação é aquela que se efetiva pelo “grampeamento”, isto é, pelo ato de interferir em uma central telefônica, nas ligações da linha que se pretende controlar, com o intuito de ouvir e/ou gravar conversações.”* (AVOLIO, 2010, p. 118) Ainda:

A interceptação, ato ou efeito de interceptar (de inter e capio), tem etimologicamente, entre outros, os sentidos de: “1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas. (AVOLIO, 2003, p. 91).

Luiz Flávio Gomes (1997, p.95) nos ensina: *“**interceptação telefônica** (em sentido estrito), portanto, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores”*. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Luiz Francisco Torquato Avolio afirma que: *“interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”*. (AVOLIO, 2004, p.94).

No ponto de vista jurídico, mas especificamente de acordo com a Lei n.º 9.296/96, a palavra “interceptar” possui o sentido de captar a comunicação telefônica, de ter acesso ao conteúdo de conversa alheia.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Considera-se lícita a Interceptação Telefônica desde que obedeça aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Seu resultado é fonte de prova e através desta (a gravação e sua transcrição) serão introduzidas no processo.

O Provimento que autoriza a interceptação é de natureza cautelar, tendo como objetivo a fixação dos fatos como se apresentam no momento da conversa, evitando que a situação existente ao tempo do crime venha se modificar durante a tramitação do processo e visa conservar o conteúdo da comunicação telefônica.

São exigidos dois requisitos os quais justificam as medidas cautelares: *fumus bonis júris e periculum in mora*. Nesse sentido, Fernando Capez:

Exige-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus bonis júris*, a questão é delicada, pois, da mesma forma que ocorre com a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da *privacy*. No tocante ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para a investigação ou instrução processual. (AVOLIO, 2003, p. 94).

3.3 DIFERENÇA ENTRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ESCUTA TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA

Inicialmente, há que distinguir as Interceptações Telefônicas *lato sensu* das escutas telefônicas.

A Interceptação Telefônica ocorre quando um terceiro obtém a gravação da conversa entre dois interlocutores sem o conhecimento dos mesmos, diferenciando assim, da escuta telefônica, pelo fato de nesta ocorrer o consentimento de uma das partes.

O que não pode é confundir Interceptação Telefônica e Escuta Telefônica de um lado, e Gravação Clandestina – que é a captação feita diretamente por um dos comunicadores – de outro.

Na concepção de Bulos:

Interceptação telefônica é a captação feita por terceiro de uma comunicação telefônica, sem o conhecimento dos interlocutores, não podendo assim ser confundido com escuta telefônica, onde um dos comunicadores sabe que a conversa está sendo captada. (2012, p.596)

Nas palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio:

[...] por “interceptação **telefônica**”, *stricto sensu*, entende-se a captação, por um terceiro, da conversação telefônica desenvolvida entre dois interlocutores, sem o consentimento destes. Já na “**escuta telefônica**” leva-se em conta a circunstância de haver o conhecimento de um dos interlocutores, resultando numa interceptação consentida por um dos participantes da conversa telefônica. [grifo meu] (AVOLIO, 2003, p.161)

Ainda:

Há que distinguir, [...] as interceptações *lato sensu* das gravações clandestinas, entendidas as primeiras, *lato sensu*, como a atividade de um terceiro voltada a deter na passagem a conversação desenvolvida entre dois interlocutores; as gravações consistem na atitude de registrar conversa própria, submetendo-se a disciplina diversa daquela das interceptações. (AVOLIO, 2003, p. 148-149)

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, oferece a seguinte definição de gravação telefônica:

A gravação clandestina, ou seja, quando um dos interlocutores grava e registra sua conversa com outra pessoa que desconhece o fato de sua conversa estar sendo objeto de gravação. Da mesma forma, torna-se ilícita. (ARANHA, 2004, p. 60).

Ainda, difere gravação telefônica de gravação ambiental:

A **gravação telefônica**, como o próprio nome está a indicar consiste no uso de um meio mecânico que possibilita gravar e, conseqüentemente, perpetuar uma *conversação telefônica*; já a **gravação ambiental**, embora também consista num meio mecânico de gravação e perpetuação, capta uma conversa *entre presentes* e dentro de *determinado ambiente*, marcando as vozes dos interlocutores. [grifo meu] (ARANHA, 2004, p. 57).

Na escuta e na gravação clandestina, seja ela ambiental ou telefônica, além das violações constitucionais e legais, existe má-fé de quem colhe a prova, pois faz uso de artifícios que visam a enganar o interlocutor, visto que este não sabe que a

conversa está sendo gravada, e, também o uso de prova induzida, pois quem conduz a conversa/gravação tem a possibilidade de obter a resposta desejada, por meio de indução. (ARANHA, 2004).

3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.4.1 Interceptação telefônica e o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça

A jurisprudência se posiciona no seguinte sentido a respeito da interceptação telefônica como meio de prova:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 332, DO CÓDIGO PENAL. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES (GRAVAÇÃO CLANDESTINA). NÃO CONFIGURA PROVA ILÍCITA.

I - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, e art. 26 da Lei nº 8.625/1993 (Precedentes).

II - Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinião delicti de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o Parquet também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia.

III - A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que impescinde de autorização judicial (Precedentes do STF e do STJ). [grifo meu]

Recurso desprovido.

(RHC 19.136/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 14/05/2007, p. 332).

Trata-se de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, em face de v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais perante a alegação de constrangimento ilegal, sob acusação de praticar o crime previsto no art. 332 do Código Penal, ilegalidade esta fundada em prova ilícita, pois consiste em gravação clandestina.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo desprovido do recurso em parecer assim ementado:

COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA: GRAVAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES – LICITUDE (art. 5º, XII, da CF). 1) A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não constitui violação de sigilo. 2) A divulgação do conteúdo da conversa telefônica por um dos interlocutores poderá perfazer outro tipo penal, ou mesmo o crime de violação de segredo, mas se a conversa, por sua natureza ou pela qualidade dos interlocutores, é, em si, sigilosa. Não é o caso de conversa relacionada a suposto crime.

Em seu voto, o Ministro Felix Fischer demonstrou seu entendimento afirmando que: “[...] *no que tange à alegação de que as provas são fundadas em gravações telefônicas ilícitas, melhor sorte não assiste ao recorrente*”. Depreende-se dos autos que a conversa **foi gravada por um dos interlocutores**, como se constata do seguinte trecho da denúncia, **litteris**: “*Consciente da ilegalidade do ato do acusado, o empresário passou a realizar a gravação das ligações telefônicas que recebia do acusado, de molde a se proteger, gravações estas que, degravadas, resultaram nos indícios de provas de fls. 12/83 deste procedimento*” (fl. 273). Ante este contexto - conversa gravada por um dos interlocutores - esta Corte já se manifestou pela licitude da prova daí decorrente.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NÃO JUSTIFICADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PELO TRIBUNAL DE PISO. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS LEGAIS. LEI 9.296/96. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e, para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, IX, da Carta Magna).

2. Em reforço às regras contidas na Lei Maior, o artigo 5º da Lei 9.296/96, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua, verbis: “Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” 3. In casu, da decisão autorizativa da interceptação telefônica, verifica-se a inobservância dos preceitos legais estatuídos nos arts. 2º e 5º da Lei 9.296/96, pois não consignados os indícios razoáveis de autoria ou participação, a impossibilidade de outro meio de prova, a devida indicação e qualificação dos investigados (ou a impossibilidade de fazê-lo) e a forma de execução da diligência.

4. A excepcionalidade do deferimento da interceptação telefônica não foi justificada, restando, assim, hígido o aresto que concedeu habeas corpus, declarando a nulidade da interceptação e, por consequência, as suas prorrogações e as provas oriundas dessa medida.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1229201/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013).

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público, o qual sustenta violação aos artigos 2º e 5º da Lei n.º 9.296/96, diante de permissão da ordem ao equivocadamente reconhecido da nulidade da decisão que autorizou a Interceptação Telefônica do recorrido (e suas prorrogações), estendido a outras pessoas e, por consequência, declarou-se a ilegalidade da prova colhida.

Verificou-se a inobservância dos preceitos legais elencados nos arts. 2º e 5º da Lei n.º 9.296/96, pois não foram registrados os indícios razoáveis de autoria ou participação, a impossibilidade de outro meio de prova, a devida indicação e qualificação dos investigados (ou a impossibilidade de fazê-lo) e a forma de execução.

Ainda, a excepcionalidade do deferimento da interceptação não foi justificando, restando assim, a nulidade da interceptação e, conseqüentemente, das suas prorrogações e das provas originárias dessa medida.

3.4.2 Interceptação telefônica e o entendimento do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência se posiciona no seguinte sentido a respeito da Interceptação Telefônica como meio de prova:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (RE 402717, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515).

De acordo com o entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro pode ser usada como prova, mesmo que sem autorização.

O Relator, Ministro Cezar Peluso defende que o uso da conversa gravada é legal, neste caso, se usada para defesa própria em investigação criminal. Ainda, ressaltou que em conversas protegidas por sigilo constitucional, como por exemplo: conversa entre advogados e clientes, o entendimento é outro.

O Ministério Público recorreu ao STF com o argumento de que era ilícita a gravação por ter sido gravada pelo próprio acusado, configurando assim, gravação clandestina.

Segundo o Ministério Público: “Gravação clandestina de conversas, sem o conhecimento do interlocutor, e que visa não apenas fazer prova em favor do investigado, mas também incriminar terceiros viola a garantia processual de proteção à intimidade, a qual somente pode ser afastada por autorização judicial”.

Os argumentos foram rejeitados.

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso nos ensina que *“quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, apenas dispõe do que também é seu, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação”*.

Segue um trecho do voto do Ministro Cezar Peluso no RE nº 402.717-8/PR:

Como longamente já sustentei alhures¹, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova. (RE nº402.717-8/PR).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DOS OUTROS: CONSTITUCIONALIDADE. AUSENTE CAUSA LEGAL DE SIGILO DO CONTEÚDO DO DIÁLOGO. PRECEDENTES. 1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.

(AI 560223 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00097 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 35-40).

Trata-se de Agravo Regimental interposto por pessoa jurídica de direito privado contra decisão em que foi negado seguimento ao Agravo de Instrumento.

O agravante sustentou que foi juntada prova que alega ser ilícita, por ter sido obtida pelo agravado através de escuta clandestina ambiental, assim, violando os artigos 5º, inc. LVI e 133 da Constituição Federal.

O Juízo de Primeiro Grau e o Tribunal indeferiram o pedido de desentranhamento da prova, considerando que *“a gravação clandestina realizada por um dos interlocutores, inexistindo obrigação de guardar segredo, não é prova ilícita, não se confundindo com interceptação telefônica”*. (AI 578.858 – AgR, rel. min. ELLEN GRACIE, unânime).

O Ministro Joaquim Barbosa fixou o entendimento que *“a gravação clandestina feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversão não é considerada prova ilícita”*.

Eis o conteúdo do artigo 133 da Constituição Federal, o qual se alega que foi violado:

O advogado é indispensável à administração da justiça, **sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.** [grifo meu].

Em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que, o fato da conversa ter sido gravada no interior de um escritório não tem grande valor, pois o conteúdo da conversa não tem qualquer relação com o exercício da profissão, conseqüentemente não houve quebra de sigilo.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DECRETAÇÃO. ILEGALIDADE. ALEGAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA. EXISTÊNCIA. APURAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CONCUSSÃO. LEI 9.296/1996. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ORDEM DENEGADA. I – Consoante assentado pelas instâncias antecedentes, não merece acolhida a alegação de ilicitude da interceptação telefônica realizada e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. II – A necessidade da medida foi devidamente demonstrada pelo decisum questionado, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 9.296/1996. III – Como é cediço, em crimes como o de concussão, o réu não age às claras, ao contrário, perpetra sua ação na surdina, de modo que a coleta da prova da prática do fato típico torna-se mais difícil, o que justifica, dessa forma, a decretação da questionada interceptação telefônica, porque seria o único meio de prova possível no caso. Precedentes. IV – Improcedência da afirmação de que a decisão que decretou a interceptação telefônica teria se baseado unicamente em denúncia anônima. V - Ordem denegada.

(HC 113597, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 16-08-2013 PUBLIC 19-08-2013).

Trata-se nesse caso de ilicitude de Interceptação Telefônica e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. Afirmam que não foi demonstrada a necessidade da realização, muito menos indícios razoáveis de autoria e ainda, que a medida foi decretada com base em denúncia anônima.

Assim, de acordo com a Lei n° 9.296/96, a qual abrange a matéria de Interceptação Telefônica, a medida dependerá de ordem de juiz competente para a ação principal, somente podendo ser decretada se houverem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, se a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis e se o fato investigado não constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski verificou que todos os requisitos foram devidamente atendidos e sustentou: *“é lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso”* (Inq. 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno).

Ainda, concluiu que a decretação da interceptação não se baseou exclusivamente em denúncia anônima, visto que, conforme certificou o Ministério Público: *“se identificaram, mas prestaram informações sob a condição de não ser revelada a sua identidade, por fundado temor de represálias”*.

Recebida a *noticia criminis*, foram promovidas diligências com o objetivo de conferir a veracidade das informações prestadas e ato contínuo, instaurou-se o procedimento investigatório.

4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FACE A LEI N.º 9.296/96

4.1 ABRANGÊNCIA DA LEI

A Lei n.º 9.296/96 surgiu com a finalidade de regulamentar o inciso XII, art. 5º da Constituição Federal, que fixa ser: *“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”*.

Essa inviolabilidade tem o objetivo de assegurar o direito à intimidade bem como a vida privada dos cidadãos. Apesar dessa proteção, o legislador estabeleceu como exceção a Interceptação Telefônica, com a devida ordem judicial.

Sendo assim, a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

O pedido poderá ser determinado pelo Juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

No pedido deverá conter a demonstração da sua realização à apuração da infração penal, indicando os meios a serem empregados.

Excepcionalmente, o Juiz poderá admitir que o pedido seja formulado pessoalmente, desde que estejam presentes todos os requisitos que autorizam a interceptação. Devendo nesse caso ser reduzido a termo.

O Juiz tem o prazo de 24 horas para decidir sobre o pedido e a decisão deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência, a qual não pode ultrapassar o prazo de quinze dias, prorrogável por mais quinze dias, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a realização da interceptação.

Se a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, deverá ser determinada sua transcrição.

Cumprida a diligência, a autoridade encaminhará o resultado da interceptação ao Juiz, acompanhado de auto circunstanciado, o qual conterá o resumo das operações feitas.

Recebidos os elementos pelo Juiz, será determinado que a interceptação (de qualquer natureza) ocorra em autos apartados, apensado aos autos de inquérito policial ou do processo criminal, preservando assim, o sigilo das diligências, gravações e transcrições.

O apensamento só poderá ser realizado antes do relatório da autoridade policial, quando se tratar de inquérito policial ou na conclusão do processo ao juiz.

Para os procedimentos da interceptação, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados.

A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, na fase de inquérito policial, instrução processual ou após esta, a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização legal.

As interceptações, uma vez que legalmente disciplinadas e efetuadas com obediência aos requisitos impostos pelo art. 2º da lei n.º 9.296/96, serão aceitas como provas lícitas, sendo admissível o resultado como fonte de prova.

4.2 REQUISITOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Os requisitos necessários para que a interceptação telefônica seja considerada válida estão previstos no artigo 2º da Lei n.º 9.296/96, que fixa que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando: a) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e, c) o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

Ainda, de acordo com o parágrafo único, deve-se descrever o objeto da investigação com clareza, bem como conter a indicação e a qualificação dos investigados, salvo a impossibilidade manifesta, obrigatoriamente justificada.

I – Houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal

Sendo a Interceptação Telefônica medida cautelar preparatória na fase policial ou medida cautelar incidental durante a instrução, esta deve estar de acordo com os

requisitos básicos da medida cautelar: *fumus boni iuris* (aparência de um bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora).

O *fumus boni iuris* exprime duas exigências: I) probabilidade de autoria ou participação numa infração penal; II) probabilidade de existência de uma infração penal.

É preciso mais do que a probabilidade de autoria ou participação para que existam indícios, deve existir uma investigação criminal. Por isso, a interceptação telefônica somente deve ser admitida se houver suspeita fundada, lógica, razoável e coerente da responsabilidade criminal da pessoa em face do fato punível.

Observa-se também que indícios são mais do que mera suspeita, consistindo em dados objetivos. Vale ressaltar que a Interceptação Telefônica é pós-delito, ou seja, não pode ser realizada antes do fato, somente para apurar fato passado.

No mesmo sentido, nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

A probabilidade de existência de uma infração penal, por sua vez, deve estar amparada em provas inequívocas a respeito da materialidade (existência concreta e real de um acontecimento). Não são o bastante “fatos duvidosos”, meras possibilidades ou conjecturas [...] Essa probabilidade de existência de uma infração penal, ademais, para além de expressar a existência concreta de um fato, penalmente relevante, deve ser concebida em sentido mais amplo, para alcançar vários outros pressupostos da punição, tais como: punibilidade da infração (ausência de causas impeditivas como imunidade parlamentar, imunidade diplomática, etc.), presença de condições objetivas de punibilidade, pretensão punitiva estatal não prescrita, presença de condições de procedibilidade (manifestação de vontade da vítima quando se trata de ação penal privada ou pública condicionada à representação) etc. Em suma, somente quando se vislumbra a viabilidade real de punição é que se deve autorizar a interceptação telefônica, que é medida reconhecidamente excepcional, por envolver um dos direitos fundamentais mais salientes: o direito ao sigilo das comunicações. (GOMES, 1997, p.180-181).

II – Se a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis

“Se a prova puder ser obtida por outros meios disponíveis” significa, a possibilidade de alcançar o mesmo resultado com outros meios processuais menos drásticos que a interceptação telefônica, como por exemplo: prova testemunhal ou pericial.

Explica Lenio Luiz Streck:

[...] outros meios disponíveis não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim, os meios legais processuais. Caso

contrário, a alegação da polícia de que 'não tem outro meio disponível' (p. ex.: falta de peritos, etc), já será o bastante para o deferimento da escuta, o que, convenhamos, viria a solapar a lei e a Constituição. (STRECK *apud* GOMES, 1997, p.182).

A Interceptação Telefônica é regida pelo princípio da necessidade, GOMES oferece a seguinte explicação:

A interceptação telefônica, em síntese, está regida pelo princípio da necessidade, que é expressão da “ intervenção mínima”, da “alternativa menos gravosa” ou da “subsidiariedade”, em suma, subprincípio da proibição de excesso. Sua função principal consiste em “obrigar os órgãos do Estado a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam suficientemente aptas para a satisfação do fim perseguido e a eleger, finalmente, a que seja menos lesiva para os direitos dos cidadãos. (GOMES, 1997, p.182-183).

Em outras palavras, o juiz no momento de deferir a interceptação deve equilibrar a existência de outros meios disponíveis para a obtenção da mesma prova. Devendo em último caso optar pela Interceptação Telefônica, quando esta for indispensável.

III - Se o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção

Apenas é possível a interceptação em crime punido com reclusão, ficando assim, excluídas as contravenções penais e os delitos apenados com detenção.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes:

[...] não é qualquer fato que justifica a interceptação: impõe-se que “constitua infração penal”, é dizer, única e exclusivamente os fatos típicos, descritos em lei previamente, é que autorizam a medida cautelar. Pouco importa se o delito vem descrito no Código Penal ou em Lei Especial: **o relevante é a pena cominada, pena em abstrato máxima. A pena máxima cominada**, destarte, é a que delimita o âmbito de admissibilidade da interceptação telefônica. [grifo meu] (GOMES, 1997, p. 184).

Contudo, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, se a Interceptação Telefônica for efetuada de maneira lícita e legítima, é possível utilizar nas investigações de crimes punidos com reclusão, conexos com os delitos apenados com detenção.

Segundo o posicionamento do STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (HC 83515, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609).

Além desses três requisitos, de acordo com o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, deve-se descrever a situação do objeto da investigação com clareza, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, justificada.

5 DAS PROVAS ILÍCITAS

5.1 CONCEITO E FINALIDADE

Fernando Capez oferece a seguinte definição de provas:

Prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. Por outro lado, no tocante à finalidade da prova, destina-se a formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. (2006, p. 282).

Neste mesmo sentido, Carvalho explica que *“a prova judiciária visa reconstrução dos fatos investigados na instrução criminal, objetivando fornecer ao julgador uma verdade judicial, senão absoluta, mas apta a fundamentar uma decisão final”*. (2009, p. 78).

Segundo Mirabete:

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos etc. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. (2005, p.252).

De igual forma Vicente Greco Filho: *“Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”*. (2010, p. 188).

No tocante as provas ilícitas, ARANHA define que:

O termo “ilícito” usado pelo constituinte, tem sua origem etimológica no latim *illicitus (il + licitus)*, tendo dois sentidos: um restrito, significando o que é proibido ou vedado por lei, e outro, amplo e genérico, indicando o que é contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito. (ARANHA, 2004, p.53).

Sendo assim, são proibidas as provas obtidas contra a lei, as que afrontam os costumes, contrárias à moral e aos bons costumes, bem como as que ofendem os princípios geradores do direito.

No Código de Processo Penal temos que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

5.2 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Quanto à prova ilícita por derivação, Capez entende que:

As provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas entre si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Por exemplo: documento apreendido em domicílio, em diligência de busca e apreensão sem prévia ordem judicial. A prova é considerada ilícita. (2006, p.304).

No mesmo sentido Luiz Francisco Torquato Avolio: *“A prova ilícita por derivação; [...] concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir de informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito”*. (2003, p. 68).

Essas provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício da ilicitude em sua origem, atingem todas as provas subsequentes, sendo assim, ilícitas por derivação de acordo com os arts. 157, parágrafo 1º e 573, parágrafo 1º ambos do Código de Processo Penal.

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Parágrafo 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. [grifo meu]

E,

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

Parágrafo 1º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência. [grifo meu]

Em suma, segundo o entendimento de Capez:

Nem as provas legítimas, nem as ilícitas, **nem as ilícitas por derivação** [grifo meu] poderão ser admitidas como válidas no processo penal [...]. Mesmo as provas ilícitas (diretamente ou por derivação) e as ilegítimas poderão, excepcionalmente, ser aceitas no processo, por adoção ao princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes. Segundo esse princípio, adotado na jurisprudência alemã do pós guerra, nenhuma garantia

constitucional tem valor supremo ou absoluto. Se por um lado, a Constituição garante a proteção da intimidade, o sigilo das comunicações, por outro lado, assegura também o direito do acusado ao devido processo legal e a ampla defesa. (2006, p.304-305).

ARANHA cita como exemplo de prova ilícita por derivação a busca e apreensão obtida através de autorização judicial, porém realizada por meio de escuta telefônica ilegal. A busca e apreensão seria um meio de prova lícita, mas em razão de ser fruto de informações geradas através de uma prova ilícita (interceptação telefônica ilegal), acaba viciando a primeira e cobrindo-a de ilicitude. Os frutos da árvore são aparentemente sadios, mas a árvore está contaminada. (ARANHA, 2008, p.68).

A teoria do “fruto da árvore envenenada” busca a admissibilidade da prova obtida mediante um meio ilícito, é um princípio relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor. Havendo um conflito entre as garantias individuais constitucionais, busca-se a prevalência do de maior relevância em comparação com o de relevância menor. (ARANHA, 2004).

Segundo o posicionamento do STF

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. (HC 69912 segundo, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508).

No primeiro julgado acerca da admissibilidade ou não do aproveitamento da prova obtida por meio ilícito, foi aplicado o princípio da validade da prova por derivação. Dois votos foram contrários, ou seja, pela inadmissibilidade do aproveitamento da prova ilícita, alegando que a teoria dos frutos da árvore envenenada era a única capaz de dar garantia constitucional, pois de nada adianta a Lei Magna proibir a Interceptação Telefônica e admitir, depois, as informações por ela obtida.

Na corrente vencedora, o Ministro Moreira Alves afirmou que era preferível admitir tal prova a garantir a impunidade.

5.3 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO REO*

Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantindo constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência. (2003, p. 67).

O entendimento doutrinário é no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal para beneficiar o réu, diante do princípio *favor rei*, admitindo assim tais provas, desde que atuem em favor do réu.

Se tratando de prova ilícita colhida pelo próprio acusado com o objetivo de demonstrar sua inocência, como por exemplo, no caso da gravação clandestina, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais ou antijuricidade, como a legítima defesa.

Em decisão proferida em 1992 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual abordava sobre processo criminal de lesões corporais graves, onde se admitiu uma fita decorrente de gravação clandestina, entendeu que:

[...] o direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado 'critério da proporcionalidade' consagrado pelos tribunais alemães. (AVOLIO, 2003, p.68).

Por fim, Fernando Capez ressalta:

[...] mesmo as provas ilícitas (diretamente ou por derivação) e as ilegítimas poderão, excepcionalmente, ser aceitas no processo, por adoção ao princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes. Segundo esse princípio, adotado na jurisprudência alemã pós guerra, nenhuma garantia constitucional tem valor supremo ou absoluto. Se por um lado a Constituição garante a proteção da intimidade, o sigilo das comunicações, por outro lado, assegura também o direito do acusado ao devido processo legal e a ampla defesa. (CAPEZ, 2006, p.305).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Interceptação Telefônica encontra-se normatizada constitucionalmente pelo inc. XII do artigo 5º da Constituição Federal e, regulamentada pela Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, a qual só permite a quebra dos sigilos telefônicos para fins de investigação criminal ou investigação processual penal, mediante autorização judicial.

Somente a gravação clandestina, que consiste na gravação de conversa própria sem o conhecimento do outro interlocutor, não é considerada Interceptação Telefônica. Vale ressaltar que não existe tipo penal que incrimine esta conduta, de modo que o sigilo só existe em relação a terceiros. Entretanto, a divulgação desta mensagem pode ser considerada ilícita.

Na jurisprudência pesquisada, o posicionamento de alguns Tribunais referente ao assunto Interceptação Telefônica como meio de prova, tem o mesmo entendimento sobre a Gravação Clandestina, considerando-a lícita, pois inexistente a obrigação de guardar segredo. Diferentemente da Interceptação Telefônica, a qual precisa de autorização judicial e cumprir com alguns requisitos para ser considerada válida.

Ademais, em relação à prova ilícita por derivação, que busca a admissibilidade da prova obtida mediante um meio ilícito, pode, excepcionalmente ser aceita no processo, por adoção do Princípio da Proporcionalidade.

De acordo com o parágrafo 1º do art.573, do Código de Processo Penal, a nulidade de um ato, causará a dos atos que dele dependam ou sejam conseqüências. Sendo assim consideradas, provas ilícitas por derivação.

Por fim, para que a interceptação telefônica seja considerada prova lícita e conseqüentemente admitida como fonte de prova no processo, devem ser obedecidos os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico, mediante autorização judicial.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. [S.l]: Saraiva, 2004.

_____. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - AgRg no REsp 1229201/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, 13 de Agosto de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, RHC 19.136/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, 20 de Março de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 402717, Rel. Min. Cesar Peluso, 2ª Turma, 02 de Dezembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, AI 560223 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, 12 de Abril de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 113597, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, 05 de Maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 83515, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, 16 de Setembro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 69912, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 16 de Dezembro de 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Waldemar Cláudio de. *As provas ilícitas no atual ordenamento processual penal brasileiro*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.21. n. 6/7, jun. /jul. 2009.

CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei nº 9.296/96, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.