

# A (I)LICITUDE PROCESSUAL DA PROVA FACE À VIOLABILIDADE DO DIREITO AO SIGILO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

Lucas de Azambuja Portela Cardoso<sup>1</sup>; Priscila Elise Alves Vasconcelos<sup>2</sup>

## RESUMO

Este estudo tem por intuito analisar a eventual admissibilidade de prova obtida por meio ilícito no processo penal, assim configurada por violar direitos fundamentais expressos no artigo 5º da Carta Magna do Brasil, especificamente o direito ao sigilo de comunicação, à intimidade e à privacidade, bem como discutir acerca da licitude das gravações clandestinas e ambientais.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Direito processual penal. Constitucionalidade. Principiologia.

## INTRODUÇÃO

A prova, oriunda etimologicamente do latim *probatio*, é um instrumento jurídico através do qual o indivíduo visa comprovar os fatos por ele apresentados perante o Estado-juiz, de modo a fundamentá-los e complementá-los. É um meio pelo qual se demonstra a veracidade das alegações da(s) parte(s), visando sua admissão no processo como forma contributiva para a solução do litígio. No entanto, especialmente no processo penal, nem todo objeto dito comprobatório pode ser admitido como prova, pois esta deve atender a requisitos de licitude e, primordialmente, de constitucionalidade, condição a qual se obstaculiza cada dia mais devido à acentuada presença tecnológica e informatização da sociedade hodierna.

Essas mudanças, advindas do fenômeno globalização e da denominada Revolução Tecnológica, impactaram acentuadamente o comportamento das pessoas, haja vista o uso generalizado de telefones celulares, aparelhos eletrônicos e o amplo acesso à rede mundial de computadores. Junto aos avanços positivos desta nova realidade, no entanto, se aderiram problemas até então não existentes na vida social, e, por óbvio, não regulados pelo Direito, o que exigiu o ajuste das instituições jurídicas existentes às novas necessidades. Sendo assim, o Direito, como ciência reguladora e organizadora da sociedade, teve de acompanhar tais transformações sociais de modo mais pleno e íntegro possível, atentando-se, precipuamente, à resolução dos imbróglis jurídicos que surgiram decorrentes dessa nova forma de sociedade.

No tocante ao Direito Penal, considerando-se o quadro de avanço tecnológico, surge um conflito entre os meios de prova e os direitos fundamentais: de um lado, os novos meios de comunicação ampliaram o alcance do direito fundamental à privacidade, e, de outro, há uma série de tecnologias que, se aplicadas ao trabalho de persecução criminal - investigação policial - podem auxiliar na elucidação de crimes de maneira mais ágil e prática [1].

Diante dessa situação, o acesso a fontes abundantes de material probatório sobre as ações do indivíduo, como *e-mails*, mensagens eletrônicas por aplicativos de telefone celular (*whatsapp*, *telegram*, dentre outros), arquivos digitais mantidos em nuvem ou em *hardware*, se choca com o seu próprio direito de se ter uma vida inviolável em sua privacidade e intimidade. Por isso, se forem obtidas transgredindo-se tais direitos fundamentais, a prova é tida como ilícita e deve ser desentranhada do processo penal, mesmo que indubitavelmente apure fato relevante para o deslindamento do crime, de acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal [2].

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 5º semestre do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. lucaasportela@gmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Mestra em Agronegócios – UFGD. Pós-graduada em Meio Ambiente pelo MBE/COPPE/UFRJ. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela UESA. Especializada em Direito Público e Privado pela EMERJ. Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professora de Direito Penal e Processo Penal na UEMS em 2016/17.

Uma vez configurada a existência de provas ilícitas no processo, consubstancia-se a imediata lesão às normas e princípios de direito material e formal, quais sejam as relativas à proteção das liberdades públicas. O processo torna-se, pois, incompatível com o ordenamento jurídico.

Observa-se, porém, que, ao longo dos anos, em virtude da apreciação das teorias da razoabilidade, da proporcionalidade (*pro reo e pro societate*) e da teoria da fonte independente (*independent source doctrine*), têm-se suscitado inúmeros debates doutrinários no que tange à aceitação e utilização das provas ilícitas no processo criminal, entendendo alguns julgadores pela sua aplicabilidade em determinadas circunstâncias, que serão adiante analisadas.

## **METODOLOGIA**

O objetivo geral é discutir as possibilidades de admissão processual de prova que infrinja o direito à intimidade e/ou à privacidade de outrem. Já o objetivo específico é examinar tais métodos de obtenção comprobatória e averiguar seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando diversas correntes doutrinárias sobre o assunto. Isso tudo a partir de um método de abordagem hipotético-dedutivo, analisando-se do geral ao caso concreto, e valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica, com a utilização de livros e sítios eletrônicos.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

No Direito Brasileiro, quando se discute a aplicação de provas ilícitas, há de se fazer uma ponderação axiológica entre direitos conflitantes no processo, ou seja, devem-se sopesar os direitos ameaçados ou violados em face daqueles que serão garantidos através da apuração dos fatos trazidos pela admissão da prova. Esta é uma abalizada opinião doutrinária, a qual defende que a aceitação ou não de provas obtidas por meios ilícitos depende de verificação casuística, tendo em vista a proporcionalidade entre o direito lesado pela obtenção da prova ilícita e os interesses beneficiados por sua admissão no processo [4].

No último ano, precisamente em 17 de maio de 2017, este debate jurídico ressurgiu quando da exposição da gravação da conversa telefônica entre o empresário Joesley Batista, proprietário da indústria alimentícia JBS, e o Senhor Presidente da República, Michel Temer. Questionava-se sobre a possibilidade de utilização desta gravação, a qual somente tinha ciência um dos interlocutores da conversa (Sr. Joesley), como prova dos crimes de corrupção passiva (art. 317/CP) e de obstrução da justiça (Lei n.º 12.850/2013), condutas as quais supostamente teria incorrido o atual Presidente do Brasil.

Importa destacar que se tratava de gravação clandestina, pois inexistia autorização judicial prévia a permitindo. Logo, por violar a intimidade e sigilo de conversa telefônica (incisos X e XII, art. 5º, CRFB) do Presidente Michel Temer, esta prova estaria, em regra, contaminada, pois foi produzida ilicitamente, conforme preleciona o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Brasileira: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Sobre o caso, o delegado Ruchester [5] diz ser possível o argumento de vedação de qualquer meio de obtenção de prova obtida por meio de ardid ou estratagem, seja a fraude realizada diretamente por policiais ou por interposta pessoa:

*“Pior ainda no caso de uma ação controlada empregada em desfavor de um presidente da República. Explico: a ação controlada significa técnica especial de investigação criminal que possibilita o retardamento da prisão em flagrante de um investigado, para prendê-lo em conjunto com um maior número de criminosos e a coleta de um maior número de evidências, o que não poderia ocorrer um presidente por proibição constitucional, em face da vedação de sua prisão processual (preventiva ou flagrancial), expressa no artigo 86, parágrafo 3º,*

*CRFB, enfim, foros privilegiados e imunidades prisionais. Em suma, não se trata de ação controlada.*

*Em razão desses óbices constitucionais, em especial incidentes a um presidente da República, somente restaria este meio de técnica de investigação como meio de obtenção de confissão, o que nos retornaria a pergunta inicial e enfrentada pelos tribunais alemães, americanos e brasileiros, é possível gravação ambiental clandestina como prova de acusação e obtenção de condenação baseado nesta captação ambiental?". (Grifei)*

A resposta para a questão supramencionada sobreveio com decisão surpreendente do Supremo Tribunal Federal, a qual contrariou o pensamento de muitos juristas, quando o Ministro Edson Fachin, relator da Operação Lava Jato, citou uma decisão de 2009, que teve repercussão geral:

*"Convém registrar, por pertinência à questão aqui apreciada, que a Corte Suprema, no âmbito da Repercussão Geral, deliberou que 'é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro'.*

*Desse modo, não há ilegalidade na consideração das 4 (quatro) gravações efetuadas pelo possível colaborador Joesley Batista, as quais foram ratificadas e elucidadas em depoimento prestado perante o Ministério Público (registrado em vídeo e por escrito), quando o referido interessado se fez, inclusive, acompanhado de seu defensor." [6]*

Vejamos que de um lado estão o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações, estes resguardados como direitos fundamentais, no artigo 5º da nossa Carta Magna: "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)" e "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (...)". E, do outro, reside o direito que a sociedade possui de estar protegida de um criminoso, o que se faz através da admissão da prova ilícita no processo penal, quando esta comprova o crime ou constata-se a própria confissão. Trata-se, portanto, da corrente *pro societate*, que admite as provas ilícitas quando se enaltece o interesse e o benefício da sociedade em detrimento a um direito fundamental do réu.

No entanto, contrastando com essa corrente, um entendimento parece estar consolidado: no exercício do direito de defesa, a aplicação do princípio da proporcionalidade abre a possibilidade de se admitir a prova ilícita quando em favor do réu, sobretudo no processo penal, se esta for a única maneira de demonstrar sua inocência. Cuida-se da corrente *pro reo*, que defende a admissão da prova ilícita colhida ou obtida pelo próprio acusado para demonstrar sua inocência, pois sua dignidade e liberdade são valores insuperáveis para o ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, consagrado implicitamente na Constituição Federal e de maneira expressa no art. 2º da Lei nº 9.784 [7], possui hodiernamente grande relevância no estudo processual penal, pois a regra dominante da inadmissibilidade das provas ilícitas vem sendo atenuadas por uma outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade [8].

Nesse sentido, visto que, em situações extremas no processo penal, quando não for possível fornecer ao juiz qualquer outro meio de prova que contribua para elucidação do crime, senão a gravação telefônica (em tese, ilícita) realizada por um dos interlocutores para este fim, por que não permitir sua admissibilidade processual, garantindo à vítima o exercício pleno de sua defesa para garantia de seus direitos axiologicamente mais importantes que o da intimidade do réu?

## CONCLUSÃO

Manter o sigilo das comunicações telefônicas de qualquer indivíduo é um direito fundamental à sua existência, haja vista tratar-se da sua intimidade e privacidade que não devem ser violadas. Por outro lado, se esta violação ocorrer com intuito de se assegurar um direito igualmente fundamental e ainda promover um bem maior à sociedade, abre-se margem para a relativização e ponderação de tais direitos, através da teoria da proporcionalidade, oriunda do direito alemão.

Uma hipótese apresentada para solucionar essa questão, evitando a violabilidade de direitos, seria a investigação por outros meios e com utilização de outras provas, quando possíveis, mesmo se estas não trazem, num primeiro momento, a comprovação inquestionável dos elementos de um crime. Porém, se indubitavelmente comprobatórias, deve ocorrer sua aferição pelo Estado-Juiz, que ponderará os direitos em jogo e decidirá acerca de sua admissibilidade.

Diante do exposto, portanto, em eventual conflito de direitos fundamentais, deve haver a ponderação de valores, pois os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais. Nesse mesmo diapasão, a investigação criminal não pode ser cega quanto às provas que irrefutavelmente comprovam a culpabilidade do agente, mesmo quando colhidas ou produzidas de forma ilícita ao ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, em se tratando de gravações telefônicas clandestinas destinadas a este fim, observa-se uma maior receptividade jurisprudencial quanto à sua admissão no processo penal. No entanto, não existe qualquer tendência pela admissibilidade de interceptações telefônicas, estas realizadas por terceiros alheios à conversa, sem autorização judicial.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo e todos, pela vida, capacidade e sabedoria a mim concedidas. À minha família, pelo apoio incondicional. À minha ex-professora e orientadora Priscila, que despertou o meu interesse pela cientificidade e pela busca de sonhos. À UEMS, pelo aprendizado obtido.

## REFERÊNCIAS

- [1] ANTONIETTO, Caio. *Novos meios de obtenção de prova e direitos fundamentais em conflito no processo penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/novos-meios-prova/>>. Acesso em: 10 de jul. 2018.
- [2] BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.
- [3] BRASIL, Lei n.º 3689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: 03 de outubro de 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>.
- [4] BARROSO, Luís Roberto. *A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas*. Rio de Janeiro: A Lei das S.A., 2º volume, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406>>. Acesso em: 10 de jul. 2018.
- [5] BARBOSA, Ruchester Marreiros. *É prova lícita a confissão por gravação ambiental de Michel Temer?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/academia-policial-prova-licita-confissao-gravacao-ambiental-michel-temer>>. Acesso em: 19 de julho de 2018.
- [6] STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 583937 QO-RG, j. 19.11.2009, rel. Min. Cezar Peluso*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>>.
- [7] BRASIL, Lei n.º 9.784. *Lei do Procedimento Administrativo*. Brasília: 29 de janeiro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>.
- [8] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.