**SINOPSE DO CASE:** TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL[[1]](#footnote-1)

 Ianna Pessoa Lima[[2]](#footnote-2)
 José Cláudio Cabral [[3]](#footnote-3)

**1) DESCRIÇÃO DO CASO/ PERSONAGENS RELEVANTES**

Um marido ciumento, desconfiado de sua mulher, resolve contratar um detetive particular para saber se está sendo traído. O detetive, utilizando expediente ilegal, grampeia o telefone celular da esposa de seu cliente. No meio das escutas gravadas ilicitamente, o marido descobre que, além de trair, a mulher também costuma ministrar medicamento pesado (Lexotan) para forçar suas filhas a dormir enquanto ela se diverte com seu amante. Isso é realizado com certa frequência, sendo que nas gravações, a mulher não demonstra nenhum remorso em relação a isso. O marido fica indignado e apresenta provas ao Ministério Público. O MP denuncia a esposa.

• Os personagens envolvidos nesse caso são:

- Marido ciumento: esta desconfiado que a mulher o trai e contrata um detetive.

- Mulher: traia o marido e ministrava Lexotan para as filhas dormirem enquanto ela saia.

- Filhas: são frutos do casamento e a mãe da Lexotan para elas dormirem.

- Detetive: investigador particular contratado para vigiar a mulher.

-Ministério Público Federal: a atuação do Ministério Público esta disposta no art. 129 CF.

**2 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO**

**2.1 Descrição das decisões possíveis**

a) Aceitação da interceptação telefônica como meio de prova prevalecendo assim o direito à privacidade da família, da criança e do adolescente.

b) Recusa e retirada da interceptação telefônica, pois, trata-te de prova ilícita prevalecendo assim o direito à liberdade.

**2.2 Argumentos Capazes de Fundamentar cada Decisão**

Segundo Daniel Sarmento (2006,p.55), o tema que no Direito Comparado a colisão de direito de direitos fundamentais, é normalmente estudado sob o rótulo de hate speech é “o relacionado à proteção, ou não, de manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”. (Ibid. p. 55.)

No direito brasileiro, a liberdade de expressão é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão garantido pela Constituição Federal no art. 220, assim como afirma Miranda (1996, p.145-146): “Capaz de respeitar e se posicionar ao lado de um indivíduo que, frente às admoestações da turba e da burocracia estatal, ela dá azo à transparência tanto nos negócios públicos quanto nas decisões sociais que podem vir a gerar efeitos sobre os direitos essenciais da pessoa humana”.

O direito à privacidade é um direito fundamental garantido no o art. 5º, X, da Constituição da República. O direito a proteção da família, da criança e do adolescente e resguardo pelo Estatuto da Criança e dos Adolescentes (ECA) no ar. 100, V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada.

De acordo com Andrade (1987, p. 220) :“(...) haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”. Para resolver o conflito dos direitos fundamentais- direito à liberdade x privacidade- utilizaremos o procedimento criado e defendido por Robert Alexy, que é o principio da proporcionalidade que se justifica pela natureza dos direitos fundamentais. A proporcionalidade é uma decorrência lógica da estrutura principiológica dos direitos fundamentais. É só porque os direitos fundamentais são princípios que nós precisamos da proporcionalidade, que se divide em adequação, necessidade e ponderação.

Uma das teses fundamentais expostas na teoria dos Direitos Fundamentais é que esta definição (os direitos fundamentais como princípios) implica no princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e vice-versa: que o caráter de princípios dos direitos fundamentais se segue logicamente do princípio da proporcionalidade. (ALEXY, 2008, p. 26)

**2.2 ARGUMENTOS CAPAZES DE FUNDAMENTAR CADA DECISÃO**

a) Aceitação da interceptação telefônica como meio de prova prevalecendo assim o direito à privacidade da família, da criança e do adolescente.

Nesse caso em que está em jogo a família e a saúde das crianças, em uma ação de Destituição do Poder Familiar, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, assim como afirma Daniel Sarmento (2002, p.182): “ a fim de concluir que a vedação constitucional ao uso de prova ilícita não há de ser compreendida de forma absoluta quando o bem jurídico protegido suplantar o bem jurídico privacidade”. Admitindo-se a utilização da prova ilícita nesse caso, pois, aqui não se determina somente a ponderação dos interesses contrapostos, mas também a demonstração da incoerência de comprovar os fatos em juízo de outra maneira. Para resolver o conflito utilizamos o critério da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos da América) de Robert Alexy onde aceita a prova alcançada de forma ilícita, visando a relevância do interesse público a ser preservado e protegido.

A privacidade da família defendida pelo art. 227 da Constituição Federal e muito mais importante nesse caso do que a privacidade da mulher, pois, estamos diante da proteção das filhas que estão sendo dopadas para que a mãe saia com o amante médico que da a receita para que a mulher compre o Lexonan exercendo assim, o exercício ilegal da medicina, podendo causar efeitos negativos para as crianças no futuro.

A jurisprudência no campo cível, afirma que em casos excepcionais é necessário analisar os interesses em disputa, estabelecendo-se, em cada caso concreto, uma prevalência de alguns valores.

De acordo com o doutrinador Fernando Capez (2009, p.323) não se admite o afastamento do sigilo telefônico com a finalidade de instruir processo cível, como por exemplo, em ação de separação por adultério, em que é comum detetives “grampeando” o telefone do cônjuge suspeito, já que a autorização só é cabível em matéria criminal.

Segundo os juristas FILHO (2005, p. 5) e ANDREUCCI (2010, p. 399) e o STF HC 33110/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 24/05/2004) afirmam:

A lei não disciplina a escuta telefônica, porque é irregulamentável no âmbito do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. A licitude deste tipo de prova, assim como das demais espécies de violação, dependerá do embate entre a intimidade e a justa causa (princípio da proporcionalidade), como o estado de necessidade e defesa de direito.

É julgado do TRT da 2ª região, por meio do Habeas Corpus 21/44 RJ decidiu:

Trata-se do princípio da verdade real, que vige no processo penal, o que toma irrelevante a questão acerca da admissão da prova obtida por escuta telefônica, ainda que a considere como prova ilícita e ainda que se abstraia da possibilidade de veiculação de matéria de prova em habeas corpus.. Nesse sentido, o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência orienta-se para a necessidade de que a prova seja aferida no contexto probatório como um todo, e, ainda que ilícita, não contamina as demais provas. Se a apuração dos fatos puder ser demonstrada por outros meios de prova, não há nulidade.

b) Recusa e retirada da interceptação telefônica, pois, trata-te de prova ilícita prevalecendo assim o direito à liberdade.

No direito comparado, as provas obtidas em abuso a Lei maior de um País ou as leis esparsas, devem ser abolidas, revogadas do processo, pois, contaminam o processo. Assim como afirma, Avolio(2003, p. 43/55):

A maioria dos ordenamentos comparados prevê atualmente a inutilizabilidade no processo das provas ilícitas, segundo critérios próprios: na Itália e Alemanha, por disposição expressa dos respectivos Códigos de Processo Penal; nos Estados Unidos da América, por construção jurisprudencial a partir do enunciado da IV Emenda à Constituição, consubstanciada na exclusionay rule; na Espanha, por disposição genérica contida na Lei Orgânica do Poder Judiciário sobre as provas obtidas a partir de violação dos direitos ou liberdades fundamentais; e, na França, pela interpretação de dispositivos processuais que regulam as nulidades

A Lei 9.296/96 regula a interceptação telefônica no Brasil , assim, como o art. 5 da Constituição Federal, “as escutas e as gravações com ofensa a inviolabilidade da intimidade” (art. 5 0, n.X,). A natureza da interceptação telefônica tem caráter acautelador “inaudita altera parte, na medida em que permitir ao acusado o conhecimento da interceptação contra ela mesma produzida, seria barrar por completo o final de sucesso da diligência”.( DAMÁSIO, 2000, p.79).

Quando legalmente disciplinadas e rigorosamente efetuadas dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, as interceptações telefônicas são lícitas e a sua admissibilidade no processo é o resultado. Como resultado da interceptação (válida) tem-se a fonte de prova. O meio de prova, por outro lado, será o documento a ser introduzido no processo, mas para isso deverá seguir os requisitos previstos em lei (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2007, p. 206).

Quando o marido gravou a conversa da mulher sem a sua autorização, ele violou o direito garantido pela Constituição Federal garantido pelo art. 5, violando o direito a intimidade, liberdade apresentando-se assim mais importante que o direito à privacidade das crianças. Para a resolução desse conflito utilizamos o chamado critério da proporcionalidade onde o direito à intimidade prevalece do direito à privacidade.

 Grande parte da doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal defendem a posição de que jamais deve ser aceito em um processo provas ilícitas independentemente do motivo que ela tenha sido usada, como por exemplo, para defesa do réu, caso a parte do processo a faça esta violando o princípio da verdade real em favor da vedação constitucional, afrontando a nossa lei suprema, pois o legislador deixa claro o seu posicionamento no art. 5ª, LVI : “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

As provas derivadas das ilícitas esta presente no artigo 157, § 1º e 2º, do CPP, adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada, assim como afirma Renato Brasileiro: “Com a entrada em vigor da Lei nº 11. 690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente do Código de Processo Penal segundo o art. 157, §1”.( LIMA,2011, p.895).

Bonfim (2011, p.364) ressalta que “O STF não admitiu, com base no princípio da proporcionalidade, a prova ilícita, em prejuízo do acusado...”, acrescentando Barbosa (s.d., p.9), que a “decisão judicial que tenha por sustentáculo provas ilícitas desfavorável ao réu é totalmente nula e passível de desconstituição via revisão criminal.”

Porém, nos casos de interceptação telefônica, temos o julgamento do "habeas-corpus" n° 69.912-0, o STF foi considerado a aplicação da teoria dos frutos envenenados em sede de interceptação telefônica na investigação de tráfico de entorpecentes. Segundo Capez (2009, p. 231): “a) ordem do juiz competente para o julgamento; b) Indícios razoáveis de autoria; c) Que a infração penal seja crime punido com reclusão; d) Que não exista outro meio de se produzir a prova; e) Que tenha por finalidade instruir investigação policial”.

A intercepção clandestina é, inclusive, crime punido pela legislação penal no art. 151, §1, II : “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa” (Lei 9.296/96). E no art. 151, §1, II.

*• Qual seu entendimento por “Admissibilidade da Prova Ilícita a Partir da Proporcionalidade Pro Reo”?*

A utilização do princípio da proporcionalidade na aplicação do direito de defesa possibilita o emprego de provas ilícitas quando forem utilizadas em favor do réu, quando for o único meio de prova para provar a inocência do réu.

É que os direitos fundamentais, De acordo com Grinover (1998. p. 52), os direitos 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”

Esse princípio visa à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo quando o direito entra em enfrentamento com a constituição que é o direito de provar a sua inocência, é segundo a proporcionalidade *pro reo* deve sempre prevalecer o direito a liberdade e a dignidade da pessoa humana, pois, o Estado não deve punir uma pessoa inocente, assim como afirma Barbosa Moreira:

É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão, p. ex.), traduzindo a hipótese de estado de necessidade, que exclui a ilicitude..

Esse posicionamento pode ser visto na jurisprudência julgados pelo STF que defende que esse princípio deve ser utilizado quando se tratar de provas ilícitas *pro reo*, pois, a ilicitude e excluída com as causas excludentes da antijuridicidade de acordo com o princípio da inocência. A doutrina pátria afirma que esse princípio deve ser utilizado sempre para o favorecimento do acusado desde que as provas sejam para sua defesa (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). .

*• Questões secundárias:*

a) No que se refere ao tratamento dispensado às provas ilícitas e às limitações da teoria da ilicitude por derivação, analise os seguintes assertivas manifestando-se pela sua validade ou não.

1) Provas obtidas a partir da escuta telefônica legalmente autorizada pela autoridade judicial não podem subsidiar denúncia por crime apenado com detenção tendo em vista a restrição imposta pela Lei 9.296/96 ( Lei de Escuta Telefônica) , em relação aos quesitos para o deferimento da medida.

Falsa, pois segundo a Lei 9.296/96 versa sobre a Interceptação telefônica que se diferencia de escuta telefônica e gravação clandestina, é os requisitos dessa assertiva e da interceptação telefônica e não para escuta telefônica.

2) É inviável na esfera extrapenal da prova obtida com interceptação telefônica.

Falso, nesse aspecto temos divergência: Para o Superior Tribunal de Justiça é vedada na esfera extra penal, de acordo com o habeas corpus nº 203.405-MS, julgado em 28 de junho de 2011, onde uma operadora de telefonia se recusou a apresentar dados à justiça sob o argumento de que a quebra de sigilo telefônico, de acordo com a Constituição Federal e a Lei nº 9.296/1996. Para parte da doutrina que entende ser possível a utilização de interceptações telefônicas como meio de prova na esfera extrapenal, é o argumento para defender esse posicionamento é o princípio da proporcionalidade, pois, a proibição da utilização de provas ilícitas não é absoluto, devendo ser analisado cada caso concreto.

3) Não é possível a utilização da prova obtida contra terceiro com interceptação telemática, quando no curso da medida se verificar a prática delituosa por agente estranho ao pedido originário da interceptação.

Falso: A doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto à constitucionalidade do art.1º, da Lei 9296/96 que dispõe: A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. Parágrafo único: O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. 4) Pelo critério limitação da fonte independente entende-se válida a prova produzida com base em fator dissociado da ilicitude de prova anteriormente obtida.

Verdadeiro: A fonte independenteou o critério da prova separada institui que a prova criada, onde possui como fundamento um fator dissociado da ilicitude de prova anteriormente recebida deve ser avaliada.

b) Quais os benefícios e os malefícios advindos do emprego das provas ilícitas para solução do caso?

• Caso seja admitida as provas ilícitas o Marido tem seus direitos garantidos da preservação da família, da criança e do adolescente.

• Caso não sejam admitidas as provas ilícitas a mulher terá seu direito a liberdade resguardado.

**3. PRINCÍPIOS E VALORES CONTIDOS EM CADA DECISÃO POSSÍVEL**

- princípio da prioridade absoluta: Estabelece prioridade em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse: Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. ; - princípio do melhor interesse: Trata-se de princípio basilar, pois, determina a preferência das necessidades da criança e do adolescente como critério de explicação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a criação de futuras regras;

- princípio da municipalização: Art- 203 e 204: “Constituição ampliou e descentralizou a política assistencial, disciplinando a atribuição concorrente dos entes da federação, resguardando para a União a competência para dispor sobre normas gerais e coordenação de programas assistenciais”. –princípio da verdade real: Ligação incontroversa ao fato, ou seja, convencimento  da prova material; -princípio da proporcionalidade: segundo Di Pietro (2004, p.81) o princípio da razoabilidade exige, entre outras coisas, proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a administração e os fins que ela tem que alcançar; - princípio da presunção de inocência:ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória;

**REFERÊNCIAS:**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo. Malheiros, 2008.

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas –interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Ed. Almedina, 1987.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **Parecer E-3.253/05**. Tribunal de Ética da OAB/SP.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituição.htm.

Brasil. **Código Civil**, 2002. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5°

da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 26 março. 2014.

BRASIL. **Lei 11.690/08**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 25 março. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Penal. Código de Processo Penal**. Organização Luiz Flávio Gomes. – 9 ed. rev., Ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT Mini Códigos.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.**6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. 01. Rio de Janeiro: Impetus: 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. Leme: Editora de Direito, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2110>. Acesso em: 25 março. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Revista de

Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.4, p. 53-105, out/dez, 2006.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2002.

1. Case apresentado à disciplina Processo Penal II da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do 7º período do Curso de Direito da UNDB < ianna\_pessoa@hotmail.com >. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor mestre, orientador. [↑](#footnote-ref-3)