

A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL - HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96*

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro.

I. APRESENTAÇÃO

Propomo-nos, no presente trabalho, a partir do estudo da função do processo no Estado de Direito Democrático e do confronto, no processo penal, dos princípios da verdade real e da vedação da prova ilícita, alcançar a hermenêutica de índole constitucional que deve ser dada ao prazo para a quebra do sigilo telefônico, de que trata o artigo 5º, da Lei nº 9.296/96.

A questão não é pacífica na doutrina, como se verá em momento oportuno.

É com os olhos voltados para os valores contidos na Constituição que intentamos contribuir para a discussão do tema.

II. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA, DIREITOS DO HOMEM E PROCESSO

Os estudos de Direito Constitucional voltam-se hoje precipuamente para os direitos fundamentais: sua efetividade, universalidade, detalhamento, hermenêutica, bem como a resolução de problemas cada vez mais constantes de conflitos entre as suas diversas categorias. Dignas de nota as palavras de PAULO BONAVIDES sobre o tema: *“Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Maior - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais”*.

* Estudo em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello

*ais da liberdade, sob a égide do Estado social*¹. E mais adiante arremata: “*Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça*”².

Do mesmo modo, vincula-se também à questão dos direitos fundamentais a própria existência da democracia. Aliás, NORBERTO BOBBIO, já na introdução de sua obra *A Era dos Direitos*, tratou de ligar um tema ao outro de forma inapartável. Confira-se a seguinte passagem: “*Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...*”³.

Assim é que a aspiração universal de uma ordem política democrática passa necessariamente pela tutela constitucional dos direitos fundamentais, na busca da própria efetividade destes. Afinal, como bem afirmou BOBBIO sobre os direitos do homem, a questão hoje não é a de se saber “*quais ou quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*”⁴.

Quando se fala em aspiração universal por uma ordem jurídica democrática, ou seja, pela democracia, pode-se provocar até no mais atento observador do mundo uma certa perplexidade sobre o significado de tal expressão. ALAIN TORAINE, demonstrando a dificuldade da abordagem do tema, assevera que “*a democracia seria uma palavra bastante pobre se não tivesse sido definida nos campos de batalha nos quais tantos homens e mulheres combateram por ela*”⁵.

¹ *In Curso de Direito Constitucional* São Paulo Malheiros Editores. 1997. p. 537

² Obra citada. p. 554

³ p. 1

⁴ Obra referida. p. 25

⁵ *In O que é a Democracia?* Rio de Janeiro. Vozes. 1996. p. 21 Do mesmo modo, após discorrer sobre as belezas do regime, reconhece BONAVIDES, em seu *Ciência Política*, que “*raros termos em ciência política vêm sendo objeto de tão frequentes abusos e distorções quanto a democracia*”.

De fato, o conceito mesmo de democracia é dos mais elásticos e difíceis de ser apreendido, ainda mais se consideradas as grandes mudanças históricas ocorridas nos últimos vinte anos. Eis o motivo de ter o referido autor afirmado que “*em cada época, a democracia define-se melhor pelos ataques que sofre*”⁶, como que admitindo ser mais fácil captar o seu sentido a partir da exclusão.

O certo é que por democracia não se pode mais entender singelamente como sendo o governo do povo, ou da maioria. Não mais satisfaz a concepção de uma democracia meramente representativa, o que se aspira, atualmente, e principalmente nos países mais pobres, é por uma “*democracia de libertação*”⁷, onde convivam harmonicamente a concepção de uma democracia negativa e positiva. Ou seja, o que se procura, a um só tempo, é a afirmação do conceito liberal de liberdades públicas, de limitação do poder estatal em face do indivíduo, e a afirmação das conquistas do estado social, baseado na intervenção do Estado na sociedade, em prol do indivíduo. Dignas de transcrição as palavras de TORAINE: “*...a base da democracia é realmente a limitação do poder do Estado e os defensores da liberdade negativa têm razão diante daqueles que deixaram a luta pelas liberdades positivas destruir os fundamentos institucionais da democracia; no entanto, tal posição liberal não pode chamar de democráticos aqueles regimes em que o poder do Estado é limitado pelo poder da oligarquia ou pelas tradições locais. O reconhecimento dos direitos fundamentais estaria esvaziado de conteúdo se não viesse a proporcionar segurança a todos e ampliar constantemente as garantias legais e as intervenções do Estado visando à proteção dos mais fracos. Nos países mais pobres e dependentes, trata-se de garantir a todos, antes de tudo, o direito de viver, o que está longe de ser reconhecido concretamente em muitas partes do mundo, em particular, na África. Hoje em dia, a ação democrática baseia-se na associação cada vez mais estreita dessa democracia negativa, que protege a população do arbítrio ruinoso do poder, com uma democracia positiva, isto é, do aumento do controle do maior número de pessoas sobre sua própria existência.*”⁸.

Assim é que o Estado não pode ser encarado como um quase-inimigo do cidadão, como entendiam os liberais clássicos, que a todo tempo preocu-

⁶ Obra citada, p. 25

⁷ Obra citada, p. 21

⁸ Obra citada, p. 51

pavam-se tão-somente em limitar os poderes estatais. Afinal, como bem anota AFRANIO SILVA JARDIM, “*é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo*”⁹.

Nesta linha, tem-se o processo, hoje, como um dos mais fortes instrumentos do cidadão em sua participação efetiva na ordem política. O indivíduo, valendo-se da categoria jurídica do processo, participa mais ativamente da vida do Estado, até mesmo provocando a intervenção estatal em prol de seus próprios interesses e do grupo social a que pertence. A moderna concepção instrumental positiva do Direito Processual trouxe para o cidadão outras formas de participação na vida estatal, que não aquelas tradicionais, fruto de sua manifestação nas urnas. Com efeito, deixou o processo nos dias atuais de ser tratado apenas sob a ótica da técnica jurídica, para ser encarado como verdadeiro “*instrumento a serviço da paz social*”¹⁰ ou meio de “*acesso à ordem jurídica justa*”¹¹.

Em esplêndida monografia, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO detalha a moderna função do processo e a correlata conscientização desta função que deve ter o operador do direito. Merecem ser conferidas as palavras do ilustre professor: “*O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade*”¹². E arremata mais adiante: “*Pela visão tradicional da justiça e do processo, à moda do Estado liberal oitocentista e da processualística das primeiras décadas deste século, no fazer cumprir a lei exauria-se a idéia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição; e o processo achava-se já então dissociado do pensamento social de seu tempo...O que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídicos-substanciais, sempre na me-*

⁹ *In* Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 450.

^{10 e 11} Expressões utilizadas por Cintra, Grinover e Dinamarco, no seu Teoria Geral do Processo.

¹² *In* A Instrumentalidade do Processo, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 25.

*da e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política*¹³.

Assim é que, pelo aperfeiçoamento da categoria jurídica processo, com a ampliação dos atores processuais¹⁴, principalmente no que se refere aos conflitos de normas e atos infraconstitucionais com os princípios insculpidos na Lei Maior, exsurge o Poder Judiciário no século XXI como o guardião por excelência dos valores democráticos¹⁵, superando as naturais “*ambigüidades do processo legislativo*”, para usar a feliz expressão de SÉRGIO FERRAZ¹⁶.

III. CONFRONTANDO OS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

É de rigor científico falar-se em uma teoria geral do processo. Com efeito, já a própria Constituição Federal, ao especificar princípios que regem o processo, o faz tanto para o processo civil, como para o processo penal. ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, no seu já clássico *Teoria Geral do Processo*, defendem a unidade teórica desses dois ramos, assim se expressando: “*Como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar*”¹⁷. Não é outra a lição do saudoso

¹³ Obra citada, p. 156. Vale conferir, também, o excelente *Novas Linhas do Processo Civil*, de LUIZ GUILHERME MARINONI.

¹⁴ Confira-se a profética obra de PETER HÄRBERLE, *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*.

¹⁵ Deixamos registrado, alhures, que “o Poder Judiciário, na imensa maioria dos povos civilizados, assume de vez neste fim de século a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições”. In “A Emenda do Judiciário - Quem Garantirá as Garantias?”. *REVISTA DA EMERJ* v. 3, n.º 10, 2000, p. 202.

¹⁶ O ilustre professor utilizou-se da expressão por ocasião do X Congresso de Direito Administrativo, realizado na cidade de Curitiba, em 1996. Aliás, as contradições intrínsecas do processo legislativo não são privilégio do Brasil. ROBERT ALEXY aponta para tal fenômeno como típico de todo e qualquer parlamento. Confira-se as palavras do publicista no artigo intitulado “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, publicado na *RDA* n.º 217, especificamente no tópico “Representação Política e argumentativa”, p. 66.

¹⁷ P. 48

JOSÉ FREDERICO MARQUES que, à sua época, já afirmava que *“em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade”*¹⁸.

Assim, as observações que fizemos no tópico anterior são válidas para a categoria jurídica processo, tanto fazendo tratar-se de processo civil ou penal. O certo é que deve ser o processo considerado filosófica e ideologicamente como um instrumento para uma democracia de libertação, como já frisamos.

Especificamente quanto à função democrática do processo penal, AFRÂNIO SILVA JARDIM, salientando tratar-se de um instrumento ético, afirma que a lide penal deve pautar-se segundo os ditames da Constituição e da lei, para garantir exatamente a prevalência do interesse social sobre o individual.¹⁹

Destarte, toda a discussão sobre o confronto entre o princípio da verdade real e o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal deverá ser iluminada pelos valores éticos agasalhados pela Constituição.

Sendo o processo o instrumento da jurisdição, categoria jurídica essencial para o alcance de uma ordem jurídica justa, parece ser claro que, ao menos filosoficamente falando, deve o processo colimar a verdade dos fatos objeto do litígio posto em julgamento. Assim, no plano de uma teoria geral, só se admite um processo que vise apurar a verdade. Nesta ordem de idéias, tanto o processo civil como o processo penal devem perseguir a obtenção de uma verdade material.

Ocorre, porém, que por razões de ordem prática e, bem assim, em nome da própria estabilidade das relações jurídicas postas em litígio, o ordenamento jurídico permite, com relação a determinadas cepas de bens,

¹⁸ *In* Elementos de Direito Processual Penal Campinas Bookseller. 1997, p. 29. v. 1

¹⁹ Obra citada. p. 451

que se satisfaça o julgador apenas com os fatos que lhe são trazidos para conhecimento. Tal ocorre quando se está diante de interesses eminentemente privados. Eis o motivo de usualmente se afirmar que o processo civil é presidido pelo princípio da verdade formal. Afinal, em regra, os interesses opostos nas lides cíveis são de natureza privada e disponíveis, o que faz com que o juiz se satisfaça com as provas que lhe são apresentadas pelas próprias partes²⁰. Mas há exceções, por certo, de que são exemplos todas as categorias de interesses cíveis tuteladas especialmente pelo ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, quando se está diante de interesses de incapazes. Em tais casos, o processo retoma, em nome dos relevantes interesses postos em jogo, ainda que de natureza não penal, a plena aplicação do princípio da verdade real. O que outorga ao magistrado plenos poderes de investigação.

Já na esfera penal tem-se exatamente o oposto. A regra é a indisponibilidade dos interesses em jogo pelas partes da lide. Nem poderá o Ministério Público, de comum, deixar de perseguir o *jus puniendi* do Estado, e tampouco poderá o réu deixar de bem defender-se, abrindo mão de seu *jus libertatis*. *Jus puniendi* de um lado, e *jus libertatis* de outro. Eis as duas categorias de interesses indisponíveis postas em jogo nas lides penais. Evidente, pois, que não pode o magistrado colocar-se diante de tais categorias de direitos como se estivesse diante de singelos interesses privados disponíveis. Assim, como bem salienta o eminente processualista TOURINHO FILHO, “no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça”²¹. E arremata o ilustre doutrinador: “A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes”²². Não é outra a lição do clássico MALATESTA,

²⁰ Ainda assim, mesmo em casos onde predominem interesses disponíveis, deve o magistrado valer-se de seus deveres-poderes de zelar pelo escorreito desenvolvimento do processo, prevenindo e reprimindo atos contrários à dignidade da Justiça (art. 125, III, do CPC) Para tanto, pode e deve o juiz determinar de ofício a produção das provas que entenda necessárias ao seu convencimento (art. 130, do CPC), sequer estando adstrito ao conteúdo de laudos periciais (art. 436, do CPC)

²¹ *In Processo Penal*, v. 1, p. 37

²² Obra citada, v. 1, p. 38

cujas palavras merecem destaque: “...o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dívida, ou, de outra a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição”²³.

Todavia, a busca dessa verdade real deve sofrer limitações éticas, em nome da própria instrumentalidade do processo.

Com efeito, discute-se, de longa data, aqui e no exterior, sobre a possibilidade de, em nome de uma verdade material suprema que deve presidir o fim do processo penal, serem admitidas provas colhidas ilicitamente.

Há duas posições extremas na doutrina e na jurisprudência estrangeira: uma, admitindo no processo a prova colhida ilicitamente; a outra, não a admitindo, em absoluto.

Em relação à primeira posição, o que se tem em mente é a obtenção da verdade material. Assim, a prova ilícita deve ser admitida e valorada pelo julgador, sendo de se punir, todavia, o responsável pelo ato ilícito da colheita da prova.

Já em relação à segunda corrente, em nome da ética processual, o Estado não poderia compactuar, em hipótese alguma, com um ato desvirtuado da legalidade. Assim, vulnerados princípios agasalhados pela Constituição, tais como, o direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana, estaria contaminado irremediavelmente o material carregado aos autos do processo, fazendo com que este sequer viesse a configurar prova.

Entre os dois extremos, doutrina e jurisprudência estrangeira apontam para situação intermediária. É o caso da teoria da proporcionalidade do direito alemão. Por esta teoria, ainda que considerada, em regra, vedada a admissão da prova ilícita, em situações verdadeiramente excepcionais, poder-se-ia, em nome de outros princípios também agasalhados pela constituição, valer-se o juiz da prova ilícita²⁴.

Questão outra que também merece ser abordada sobre o tema da prova ilícita, é aquela da contaminação de provas que, ainda que regularmente

²³ In *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, v. I, p. 88

²⁴ Ilustre representante de tal teoria no Brasil é o eminente professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

colhidas, só o foram em consequência de uma prova anterior viciada de ilicitude.

A questão que se coloca é se tais provas, em si mesmas consideradas lícitas, ficariam maculadas pela ilicitude anterior relativa à prova primitiva, da qual eram dependentes. São as chamadas provas ilícitas por derivação, que têm na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a grande fonte de inspiração.

A Suprema Corte norte-americana, em 1962, no caso “Wong Sun v. United States”, firmou o entendimento de que seriam igualmente ilegítimas as provas obtidas através da prova ilícita. Tal entendimento reiterado ficou conhecido como a teoria dos frutos da árvore envenenada. Todavia, apontam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO²⁵, a própria Suprema Corte norte-americana tratou de excepcionar a regra do “envenenamento” de tais provas, nos casos de vínculo remoto entre a prova viciada e as demais provas e, ainda, nos casos em que a descoberta das provas seria inevitável.

A grande divisora de águas sobre o tema das provas ilícitas no Brasil, sem dúvida, foi a Constituição de 1988. Até então, a questão não era colocada de forma uniforme pela doutrina ou jurisprudência. Saliente-se, contudo, que nos últimos anos que antecederam à promulgação da vigente Carta Política, foi possível observar-se uma tendência no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com algum temperamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade oriundo do direito alemão²⁶.

Após a Constituição de 1988, porém, nenhuma dúvida pode haver sobre o tema. Afinal, o inciso LVI do artigo 5º foi peremptório ao dizer que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. A dicção é clara e cristalina. Trata-se de norma de eficácia plena e imediata aplicabilidade. Não faz distinção entre processo penal ou civil. Além disso, a própria norma constitucional traz insita a sanção por sua inobservância. Assim, prova materialmente ilícita é prova processualmente ilegítima, daí sua imprestabilidade para todo fim processual. Provas ilícitas devem ser extraídas dos autos processuais e consideradas nulas as decisões que nelas se embasaram.

²⁵ *In As Nulidades no Processo Penal*, p. 135/136

²⁶ GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO, na obra citada, p. 138/139

O Supremo Tribunal Federal, de seu turno, fiel à corrente que já vinha delineando mesmo antes da Constituição de 1988, tem-se mantido firme na defesa da nova garantia constitucional, até mesmo ampliando sua literalidade, adotando, por exemplo, a teoria dos frutos da árvore envenenada do direito norte-americano²⁷. Do mesmo modo, firme é a doutrina que não mitiga, sob nenhuma hipótese, o alcance da garantia constitucional, tendo como norte certo a moderna instrumentalidade positiva do processo, a supremacia e a força normativa da Constituição²⁸.

De fato, outra não poderia ser a interpretação dada ao inciso LVI do artigo 5º da Lei Fundamental. Afinal, como deixamos consignado em outra oportunidade, *“direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações”*²⁹.

LUIZ ROBERTO BARROSO, em primoroso ensaio publicado na RDA nº 213, aborda o tema com a sua usual precisão, alertando, inclusive, para o cuidado especial que os juristas devem ter com a nova garantia, lembrando a tradição e os antecedentes históricos, até recentes, de nosso país. Valem ser transcritas as palavras de alerta do eminente professor: *“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”*³⁰.

Do que se disse até aqui, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. O direito processual moderno possui preocupações éticas e grande comprometimento com os direitos fundamentais, o que o torna um dos mais eficazes instrumentos da ordem democrática;

²⁷ Confirmam-se especificamente os votos dos Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, FRANCISCO REZEK e ILMAR GALVÃO, no julgamento do HC 69.912-0 RS

²⁸ Em tudo, o pensamento uniforme de ADA PELLEGRINI GRINOVER Registramos nossa posição contrária àqueles que entendem ser mitigação ao princípio constitucional em estudo, as provas colhidas pelo réu, em seu benefício, com inobservância da lei. Em verdade, na chamada prova ilícita *pro reu* não há ilicitude alguma, eis que esta é excluída pela excludente da legítima defesa

²⁹ Artigo citado, p. 126/127

³⁰ In “A viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” RDA nº 213, p. 162

2. A afirmação feita no item anterior, por óbvias razões, em tudo vale especificamente para o direito processual penal;

3. O princípio da verdade real tem limitações de ordem ética, dentre as quais se destaca a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos;

4. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, que desde antes da Constituição de 1988 já havia delineado jurisprudência pela inadmissibilidade das provas ilícitas, após a nova Lei Fundamental cristalizou em definitivo aquela posição, inclusive, ampliando-a com a aceitação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore envenenada;

5. A melhor hermenêutica do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é aquela que lhe dê amplitude máxima, que não a mitigue sob qualquer pretexto.

IV. HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96

A Constituição de 1988 foi pródiga, como nenhuma outra de nossas Cartas antes o fora, em reconhecer direitos fundamentais e garanti-los. No inciso X, do artigo 5º, tratou de reconhecer expressamente o direito à intimidade e, no mesmo passo, logo no inciso XII, do mesmo artigo, cuidou de especificar o sigilo das comunicações *lato sensu*. Em relação a este último dispositivo, todavia, estranhamente, e neste ponto guardando certa similitude com a Carta de 1937, tratou de abrir espaço para mitigar a inviolabilidade assegurada genericamente.

De fato, todas as outras constituições brasileiras anteriores, com exceção daquela outorgada por Vargas, quando trataram do sigilo das comunicações *lato sensu*, fizeram-no de forma peremptória, não abrindo espaço nem mesmo para que a lei ordinária viesse a diminuir o alcance da inviolabilidade nelas fixada. Confira-se o art. 179, 27, da Constituição de 1824, o art. 72, parágrafo 18, da Constituição de 1891, o art. 113, 8, da Constituição de 1934, o art. 141, parágrafo 6º, da Constituição de 1946, o art. 150, parágrafo 9º, da Constituição de 1967, e o art. 153, parágrafo 9º, da Constituição de 1969.

A mitigação do alcance da inviolabilidade prevista genericamente no inciso XII, do art. 5º, da Carta Política de 1988, segundo a melhor doutrina, dirige-se exclusivamente para as comunicações telefônicas. Assim, “*por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*” poderá ser violado o sigilo das comunicações telefônicas.

Tem-se, então, pela redação do dispositivo, que apenas as comunicações telefônicas³¹ (não as correspondências, nem as comunicações telegráficas, e tampouco as de dados), para os exclusivos fins de investigação criminal ou instrução processual penal, poderão ter o seu sigilo quebrado, por ordem judicial, nos exatos termos da lei.

Para o fim específico de nosso estudo, cabe especial atenção, em primeiro lugar, para a exigência constitucional de que a quebra do sigilo telefônico seja feita nos exatos termos da lei.

De fato, nossos tribunais vinham entendendo de maneira praticamente uniforme que, na inexistência da lei referida no citado inciso XII, do art. 5º, seria inviável a interceptação telefônica. Assim, as degravações de escutas telefônicas, mesmo autorizadas por ordem judicial, enquadrar-se-iam na categoria de prova ilícita e, como tais, não poderiam ser admitidas no processo, nem consideradas pelo julgador para qualquer fim. Paradigmática foi, neste sentido, a decisão do STF no HC nº 69.912-0 - RS, cuja ementa se transcreve abaixo:

CONSTITUCIONAL - PENAL - PROVA ILÍCITA - 'DEGRAVAÇÃO' DE ESCUTAS TELEFÔNICAS - C.F., ART. 5º, XII - LEI Nº 4.117, DE 1962, ART. 57, II, 'e' - HABEAS CORPUS: EXAME DA PROVA. I - O sigilo das comunicações poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, 'e', da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

³¹ O parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.296/96, enveredou em inconstitucionalidade ao permitir a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Com efeito, a Constituição não se refere a comunicação "por via de técnicas de telefonia", mas em "comunicação telefônica", claramente referindo-se àquela forma de comunicação telefônica que se faça por meio da voz. Vg. confirmam-se as palavras de GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO, na já citada obra *As Nulidades no Processo Penal*, p. 181

Com o surgimento da lei aludida no dispositivo constitucional em apreço, por certo, as interceptações telefônicas deverão obedecer aos seus exatos e precisos termos. Não pode haver espaço para criação do juiz. Este, ao deferir a quebra do sigilo telefônico de quem quer que seja, para fins processuais penais, deverá fazê-lo nos limites da lei reguladora - Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Neste momento, deverá estar presente no espírito do julgador a excepcional situação da quebra do sigilo telefônico. A regra, o natural, é exatamente o contrário, ou seja, o respeito do Estado ao fundamental direito de intimidade.

Por este raciocínio, andou mal o legislador infraconstitucional ao definir no artigo 2º da Lei nº 9.296/96 os casos em que não poderia haver a quebra do sigilo. Ao revés, a melhor técnica legislativa, aquela que atenderia ao espírito da Lei Maior, impunha que se definissem os casos em que, excepcionalmente, caberia a quebra. Agindo desta maneira, o legislador passou a falsa idéia de que a regra é a possibilidade do Estado invadir a intimidade do cidadão...

Passemos à análise do prazo de que trata o artigo 5º, da Lei 9.296/96, como nos propusemos de início.

Reza o referido dispositivo:

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.

O dispositivo refere-se a um prazo máximo de quinze dias, renovável por igual tempo, num total de trinta dias.

A questão que se coloca, então, é se, não obstante os prazos fixados pela lei para que se faça a interceptação, poderá o juiz, atento às circunstâncias da investigação, permanecer renovando as autorizações de quebra.

Doutrinadores do quilate de DAMÁSIO DE JESUS, VICENTE GRECO FILHO e ANTÔNIO SACARANCE, entendem ser possível que se façam tantas prorrogações quantas forem necessárias para a boa apuração do ilícito.

O principal argumento daqueles que entendem ser possível fazer-se tantas prorrogações quantas forem necessárias, é que a lei não limitou o número de vezes para a renovação da autorização judicial, sendo que o que

importaria, de fato, é a necessidade da medida, de nítida natureza cautelar. Haveria de se aplicar, assim, o princípio da proporcionalidade, relativizando, se necessário, o direito constitucional da privacidade, ainda além do prazo máximo de trinta dias previsto no artigo em análise, se o caso o exigir.

Todavia, por tudo o que se tem dito até aqui, d.m.v., não nos parece ser esta a melhor solução interpretativa.

Já deixamos registrada nossa posição de que *“direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhas, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações.”* Parece-nos tranqüilo, então, que normas infraconstitucionais que restrinjam direitos e garantias constitucionais devam ser interpretadas em estrita literalidade, jamais de forma ampliativa. Assim, se há um prazo máximo estipulado na lei, em que poderá o Estado suspender o direito de privacidade de um cidadão, este prazo não poderá ser estendido pelo magistrado.

Entendimento contrário, poderia, ainda que em tese, fazer com que a exceção se transmudasse em regra. Não quisesse a lei estipular um prazo máximo, e deixar ao alvedrio do juiz o tempo de duração da quebra do sigilo, não teria fixado prazo algum e tratado de, expressamente, declarar a faculdade de perenizar a medida. Todavia, foi exatamente o contrário que ocorreu. Com efeito, o Projeto Miro Teixeira previa a possibilidade de renovação da medida, por períodos iguais e sucessivos, indeterminadamente; prevaleceu, porém, o entendimento no Congresso que assim não deveria ser, e que um prazo máximo de duração da medida deveria ser fixado.

Lembre-se o alerta do professor LUÍS ROBERTO BARROSO acima transcrito. De fato, até por razões de ordem prática, em respeito à experiência histórica de nosso país, não se pode restringir o alcance de direitos e garantias fundamentais.

Não é outra a lição de KONRAD HESSE, no seu **A Força Normativa da Constituição**: *“Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitu-*

cional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado'³².

De toda forma, se a doutrina não tem sido uniforme sobre o tema, havendo, inclusive, a posição dos doutrinadores acima apontados, a matéria parece estar tomando delineamento seguro em nossos tribunais, principalmente no Egrégio Supremo Tribunal Federal, com o acolhimento da tese por nós esposada. Paradigmática, nesta linha, a decisão liminar do Ministro MARCO AURÉLIO, no *Habeas Corpus* nº 80.288 - RJ, publicada no DJ de 01.08.2000, na qual, coerente com a jurisprudência da Suprema Corte, abordou o assunto da seguinte forma: “...*A escuta telefônica consubstancia exceção, e, assim, os preceitos que, a partir do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, regem-na hão de ser interpretados de forma estrita, e não elástica. O balizamento temporal do art. 5º da Lei nº 9.296/96 não pode ser ultrapassado, pouco importando a repercussão do crime perpetrado. O prazo de quinze dias, renovável apenas por igual período, deve ser observado...*”.

Outra questão relevante que se pode colocar sobre o tema, e que se apresenta como conseqüência do reconhecimento da tese da impossibilidade da prorrogação do prazo máximo previsto no multicitado artigo 5º da Lei nº 9.296/96, é a da imprestabilidade das provas colhidas durante a ampliação irregular do prazo.

Prevalecendo o entendimento acima defendido, as provas colhidas fora do prazo estabelecido em lei para a medida excepcional ficam irremediavelmente maculadas. Devem ser consideradas como provas ilicitamente colhidas, por terem confrontado norma legal. Impõe-se, pois, a sua nulificação e a sua conseqüente extração dos autos processuais. Do mesmo modo, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ficam contaminadas todas as provas que se vinculam com as provas colhidas fora do prazo legal, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. E, o principal, nula é a decisão que se amparou naquelas provas ilegitimamente introduzidas no processo. ◆

³² P 21/22.