

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

SPIRIDON NICOFOFOTIS ANYFANTIS

**DA CAPTAÇÃO DE IMAGENS COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL**

GOIÂNIA, 2004

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

SPIRIDON NICOFOFOTIS ANYFANTIS

**DA CAPTAÇÃO DE IMAGENS COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Mestrado em Direito – área de concentração Ciências Penais - da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, sob a orientação do Professor Doutor Nivaldo dos Santos.

GOIÂNIA, 2004

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR AS TESES E DISSERTAÇÕES ELETRÔNICAS NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou *download*, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

1. Identificação do material bibliográfico: Dissertação Tese

2. Identificação da Tese ou Dissertação

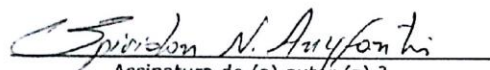
Nome completo do autor: Spiridon Nicofotis Anyfantis

Título do trabalho: Da Captação de Imagens como Prova no Processo Penal

3. Informações de acesso ao documento:

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

Havendo concordância com a disponibilização eletrônica, torna-se imprescindível o envio do(s) arquivo(s) em formato digital PDF da tese ou dissertação.


Assinatura do (a) autor (a) ²

Data: 1º / 02 / 2017

¹ Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo suscita justificativa junto à coordenação do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.

²A assinatura deve ser escaneada.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Anyfantis, Spiridon Nicofotis.

A637c *A captação de imagens como prova no processo penal* / Spiridon Nicofotis
Anyfantis.- Goiânia, 2004.
167 f.; enc.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás. Faculdade de Direito,
2004.

Bibliografia: f.147-148.

Orientador: Prof. Dr. Nivaldo dos Santos.

1. Prova – Processo penal. 2. Provas ilícitas – Processo penal. 1. Universidade
Federal de Goiás. II. Título.

343.1(817.3)

CDU:



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

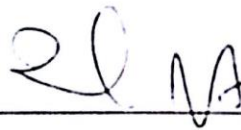
ATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO INTITULADA
"DA CAPTAÇÃO DE IMAGENS COMO
PROVA NO PROCESSO PENAL"
APRESENTADA E DEFENDIDA PELO
CANDIDATO SPIRIDON NICOFOTIS
ANYFANTIS.

Aos dois dias do mês de março do ano de dois mil e quatro (02.03.04), às 20:00 h (vinte horas), no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, realizou-se a Sessão de Julgamento da Dissertação de Mestrado intitulada "DA CAPTAÇÃO DE IMAGENS COMO PROVA NO PROCESSO PENAL", apresentada e defendida pelo candidato SPIRIDON NOCOFOTIS ANYFANTIS. A Banca Examinadora ficou assim composta: Professor Doutor Nivaldo dos Santos, Orientador e Presidente da Banca, Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Professor Doutor Licínio Leal Barbosa. Presentes, ainda, alguns mestrandos, além de outras pessoas convidadas. Após a abertura dos trabalhos, o Senhor Presidente agradeceu a presença de todos, apresentou a Banca Examinadora e também o mestrando. Em seguida, foi dada a palavra ao candidato, pelo prazo máximo de vinte (20) minutos, para fazer exposição sobre o seu trabalho, o que foi feito. Após a exposição, foi dada a palavra ao Professor Doutor Licínio Leal Barbosa, para fazer suas considerações que foram respondidas

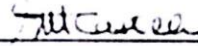
Licínio Leal Barbosa
25/03/04
Atte

pelo mestrando no tempo regulamentar. A palavra também foi dada a Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho, para fazer suas arguições, que foram respondidas pelo mestrando no tempo regulamentar. Logo após, o Senhor Presidente teceu alguns comentários sobre o trabalho e informou que os presentes deixariam o recinto por alguns minutos, a fim de a Banca colher as notas de cada Examinador. Após, a Banca mandou convidar que retornassem ao recinto os integrantes da platéia e proclamou os resultados, sendo atribuídas as seguintes notas: ~~.....~~ (9,1.....), pelo Professor Doutor Nivaldo dos Santos: ~~.....~~ (9,1.....), pela Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho..... (9,1.....) pelo Professor Doutor Licínio Leal Barbosa. Sendo o candidato aprovado com a nota final (9,1.....) e declarado Mestre em DIREITO, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CIÊNCIAS PENAIS. E nada mais foi dito, pelo que eu, Cláudia Menezes Gomes Melo, lavrei a presente ata que, depois de lida, vai assinada pelos professores membros da Banca Examinadora e por mim rubricada.

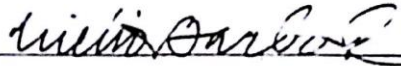
Prof. Dr. Nivaldo dos Santos



Profa. Dra. Ela Wiecko V. de Castilho



Prof. Dr. Licínio Leal Barbosa



TERMO DE APROVAÇÃO

Spiridon Nicofotis Anyfantis

DA CAPTAÇÃO DE IMAGENS COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Dissertação defendida, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito – área de concentração Ciências Penais – da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, perante a seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Nivaldo dos Santos

Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Prof. Dr. Lícínio Leal barbosa

Goiânia, março de 2004

**À memória de meu pai,
Nicolas Anyfantis, por sua
coragem e força.**

À *Fernanda*, por sua paciência e amor.

Aos meus professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

Ao meu orientador, *prof. Nivaldo dos Santos*, por suas valorosas contribuições a este trabalho.

Obrigado!

RESUMO

Trata-se de estudo sobre a prova no processo penal e sua forma de produção por meio de captação e gravação de imagens, seja por câmeras ocultas ou de segurança. É composto por cinco capítulos onde se analisam, respectivamente, a prova penal em suas particularidades e, em seguida, o tema das provas ilícitas, fazendo-se, inclusive, contraponto entre a ilicitude da prova e o princípio da proporcionalidade. É estudado, ainda, o tema das exceções à teoria das provas ilícitas – denominada pelos argentinos e espanhóis exceções à regra de exclusão probatória. São estudados, sucintamente, aspectos da intimidade e da vida privada do indivíduo, com suas sutis distinções e semelhanças. É analisada a questão das provas originárias de gravações de imagens – por câmeras ostensivas e ocultas - e sua utilização no processo penal, especialmente quando utilizadas em ambientes de trabalho, jornalismo investigativo, ambientes privados e públicos, dentre outras circunstâncias. São avaliadas as hipóteses de validade de tais imagens no processo penal e apresentadas sugestões para que as mesmas, caso produzidas, e em hipóteses muito específicas, possam ser efetivamente utilizadas no processo sem violação à intimidade e vida privada do indivíduo.

ABSTRACT

It concerns an essay about the proof in the penal process and its way of production by means of image captation and recordings, whether by hidden cameras or safety ones. It's composed of five chapters which analyses, respectively, the penal evidence in its particularities and afterwards, the theme of the illegal evidences making, inclusively, a counterpoint between proof illicitness and the proportionateness principle. It still studies the theme of exceptions to the theory of illegal proofs – named by argentinean and spanish exception of the exclusionary rule. They're studied, briefly, intimacy aspects and individual private life, with subtle distinctions and similarities. Soon after it goes to an analyses regarding the original image recordings proof – by ostensive cameras and hidden ones – and its use in the penal procedure, specially when used in work places, investigative journalism, private and public places among other circumstances. Finally, such images validity hypothesis are evaluated in the penal procedure and suggestions are presented in order to them, in case of being produced, and in very specific cases, can be effectively used in the process without violation to the intimacy and private life of the individual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. A PROVA NO PROCESSO PENAL	18
1.1. Objeto da prova.....	18
1.2. Fonte de prova.....	21
1.3. Meio de prova.....	23
1.4. Ônus da prova.....	26
1.5. Princípios que regem o sistema probatório.....	29
1.6. Pertinência e utilidade da prova.....	32
1.7. Sistemas de apreciação da prova.....	33
1.7.1 sistema da certeza moral ou íntima convicção.....	34
1.7.2 sistema da certeza moral do legislador ou da prova legal.....	35
1.7.3 sistema do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional.....	36
1.8. Direito à prova.....	37
1.9. O réu e a prova.....	42
2. PROVAS ILÍCITAS	45
2.1. Conceito e introdução.....	45
2.2. Classificação das provas ilícitas.....	48
2.2.1. Quanto à amplitude.....	48
2.2.2. Quanto à sua essência.....	49
2.2.3. Quanto ao objeto.....	49
2.2.4. Quanto ao momento.....	50
2.2. A prova ilícita no processo: teorias.....	50
2.2.1. Posição favorável à admissibilidade e eficácia da prova ilícita.....	51
2.2.2. Posição contrária à admissibilidade e eficácia da prova ilícita.....	55

2.2.3. Sobre a proporcionalidade ou juízo de ponderação.....	57
2.3. O Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da proporcionalidade ou ponderação de valores.....	59
2.4. Provas derivadas de provas ilícitas.....	64
2.5. Exceções à teoria das provas ilícitas.....	67
2.5.1. Teoria da fonte independente (<i>independent source</i>).....	67
2.5.2. Teoria do descobrimento inevitável (<i>inevitable discovery</i>).....	69
2.5.3. Teoria da exceção da boa fé (<i>good faith exception</i>).....	70
2.5.4. Teoria da tinta diluída.....	72
2.5.5. Teoria da prova ilícita benéfica ao réu (ou prova ilícita ' <i>in bonam partem</i> ').....	74
3. INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA.....	75
3.1 Intimidade e vida privada. Noções.....	77
3.2. Intimidade e vida privada. Proteção normativa.....	82
3.3. Intimidade e vida privada. Distinções.....	84
3.3.1. Intimidade.....	85
3.3.2. Vida privada.....	87
4. GRAVAÇÕES DE IMAGENS E O PROCESSO PENAL.....	90
4.1. Noções gerais.....	90
4.2. As modernas tecnologias de investigação criminal: da prova por filmagem.....	92
4.3. Normatização dos novos meios tecnológicos de produção probatória.....	94
4.4. Prova documental. Conceito. Distinção entre <i>documento</i> e <i>instrumento</i> de prova.....	95
4.4.1. Prova por filmagem com natureza jurídica de prova documental.....	99
4.4.2. Prova por filmagem e seus instrumentos tecnológicos.....	100
4.4.3. Prova por filmagem e a principal dificuldade de ordem técnica para sua aceitação em juízo.....	102
4.5. Gravação de imagens. Hipóteses de captação.....	105
4.5.1. Gravações deliberadas de imagens.....	106
4.5.2. Imagens geradas por câmeras de segurança.....	106
4.5.3. Imagens geradas por câmeras de segurança e a intimidade do indivíduo.....	107
4.5.4. Câmeras de segurança e ambiente de trabalho.....	110
4.5.5. Imagens geradas por câmeras ocultas.....	114

4.5.6. Necessidade de regulamentação das hipóteses em que a captação de imagem por câmera oculta será admitida no processo.....	116
4.5.7. Utilização de câmera oculta pelo jornalismo investigativo.....	117
4.5.8. Captação de imagens em ambiente privado.....	124
4.5.9. Captação de imagens no interior de moradia.....	125
4.5.9.1. Câmera oculta instalada pelo pai para vigilância de possíveis atividades criminosas do filho.....	128
4.5.9.2 Imagens geradas por tomadas aéreas em lugares abertos dentro da propriedade privada.....	132
4.6. Captação de imagens por câmera oculta em local público.....	133
4.7. Pessoas suscetíveis a sofrer tal espécie de intervenção em sua intimidade.....	135
4.8. Há algum crime específico que poderia ensejar a aplicação de tal instrumento probatório?.....	136
5. A PROVA POR CAPTAÇÃO DE IMAGENS NO PROCESSO PENAL E HIPÓTESES DE VALIDADE.....	139
5.1. Captação de imagens por câmeras de segurança e sua validade como prova.....	140
5.2. Câmeras de segurança instaladas por particulares.....	144
5.3. Captação de imagens por câmeras ocultas e sua validade como prova.....	147
5.3.1. Gravação sub-reptícia de imagem efetivada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.....	149
5.3.2. E quando o interlocutor que esteja sendo vítima de crime utiliza-se de tal meio probatório, gravando imagens clandestinas de diálogo com o suposto autor do crime?.....	151
5.3.3. Gravação sub-reptícia de imagens feita pela imprensa e sua validade como prova no processo penal.....	155
CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS.....	166

INTRODUÇÃO

A atualidade do tema da ilicitude das provas no processo penal, especialmente em face das novas formas de produção de material probatório, inspira este trabalho. Com efeito, a partir do advento de novas tecnologias no âmbito da eletrônica e informática – com reflexo no processo penal – passou-se a exigir uma maior flexibilização e agilização dos meios legais que viabilizam a descoberta da verdade dos fatos sempre que estes violem bens jurídicos do indivíduo e da sociedade.

Sabe-se que o processo penal tem, entre suas finalidades, a busca da denominada verdade real limitada, sendo que o único instrumento técnico-jurídico para tal fim é a prova - ou atividade probatória - a qual pode ser concebida, na sempre lúcida e clara lição de Cafferata Nores, como *“el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba”*.¹

Para a reconstrução histórica dos fatos, novos instrumentos tecnológicos foram incorporados à estrutura investigativa do Estado, melhorando sensivelmente a qualidade das provas obtidas e, via de consequência, proporcionando a ampliação do grau de convicção do julgador na apreciação do fato ilícito.

Dentre as já mencionadas novas provas, fala-se daquelas originárias de captação de imagens, também denominadas provas audiovisuais. São produzidas através de câmeras de segurança – também denominadas câmeras ostensivas – ou câmeras ocultas. A respeito desta espécie de instrumento probatório uma coisa é certa: enquanto os meios

¹ José L. Cafferata Nores. *La prueba en el proceso penal*, p. 31.

de prova tradicionais - periciais, testemunhais etc - tendem a viabilizar a reconstrução histórica dos fatos, a prova por imagens, ou prova audiovisual, possibilita, na maior parte das vezes, a própria e direta visualização desses fatos, exatamente como ocorreram. Nesse sentido, a evolução é inquestionável e, especialmente no que diz respeito às câmeras ocultas, facilita enormemente a descoberta de crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por grandes organizações criminosas, os quais, de outra forma, quedariam impunes.

Toda evolução, entretanto, cobra seu preço. No que se refere à produção de provas por captação de imagens, em especial, o preço a pagar tem relação com a limitação de aspectos da intimidade e vida privada do indivíduo, gerando uma permanente situação de conflito entre o interesse estatal em desvendar os crimes que ocorrem em seu território e a preservação de direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão em um Estado Democrático de Direito, como os previstos no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna brasileira.

Isso significa que, mesmo diante das inovações tecnológicas atualmente disponíveis, a prova, para ser considerada válida e segura, deve originar-se por meios moralmente aceitos e em observância à lei e a garantias constitucionais do imputado.² Caso contrário, por mais avançado e elucidativo que seja o instrumento probatório, os fatos revelados – desde que tipificados como ilícitos – nenhum valor terão para fins de prova processual, vez que esta será considerada nula.

O intento deste trabalho consiste na análise da produção probatória originária de captação de imagens – as denominadas provas audiovisuais - e as hipóteses em que esta

² Julio Maier, citado por Francisco Muñoz Conde em *Valoración de las grabaciones audiovisuales*, p. 27 e 28, explica que “*Las llamadas limitaciones ou prohibiciones probatorias [...] sirvieron, en un principio, para designar la inadmisibilidad procesal de la incorporación al procedimiento (prohibiciones de recolección probatoria) y, como consecuencia, a la fundamentación del fallo (prohibiciones de valoración probatoria), de ciertos conocimientos o información con vulneración de reglas que vedan el objeto de conocimiento (limitaciones absolutas o referidas a la prohibición del tema probatorio) o el mecanismo de recolección de la información (limitaciones relativas referidas a la prohibición de medios de prueba) [...]. Dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo, perteneciente a la llamada ‘posmodernidad’ y de la mayor gravedad, pues el alcance veloz y, al parecer, arrollador, de las ciencias naturales y de la técnica – frente a los tiempos de las ciencias culturales (una de las cuales es la ciencia jurídica), verdaderas tortugas en comparación con aquéllas – há concebido medios de indagación de la verdad y de información que superan geoméricamente las posibilidades antiguas, desde escuchas a distancia con transmisores supersensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, hasta el cruzamiento de informaciones almacenadas en bancos de datos, posible en tiempo útil sólo por ordenadores [...] Todo el tema es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal [...]*”.

poderá ser admitida ou não no processo penal. Partindo-se de tal premissa, o escopo principal resume-se a apresentar alguns pontos de vista a respeito do assunto, como forma de incentivar o debate acadêmico e a busca de novas propostas em referência a tão tormentoso e pouco estudado tema. O método de elaboração é eminentemente dedutivo, partindo-se de regras genéricas sobre a produção de provas no processo penal, afunilando-se, em seguida, à abordagem em torno das diversas hipóteses de produção de provas por meio de captação de imagens.

O trabalho se divide em cinco capítulos, além da conclusão, sendo que, no primeiro são abordados aspectos genéricos da prova no processo penal, como objeto, fonte, meio e ônus da prova, assim como aspectos referentes à sua pertinência e utilidade no processo. São analisados, também, os sistemas reconhecidos de apreciação da prova e, por fim, o direito do réu à apresentação da contraprova, como um direito fundamental do sujeito passivo do processo.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo das provas ilícitas no processo penal, apresentando-se as diversas posições doutrinárias referentes à sua admissibilidade ou não no processo e a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, especialmente tendo-se em vista que a norma constitucional veda expressamente, em seu artigo 5º, inciso LVI, a produção de provas obtidas por meios ilícitos. Passado tal estágio, parte-se para o estudo das provas derivadas de outras provas, estas ilícitas e, finalmente, analisam-se as possíveis hipóteses – ainda não debatidas o suficiente pela doutrina e jurisprudência - de exceções à teoria das provas ilícitas, reconhecidas, dentre outros, pelo direito norte-americano e espanhol como exceções à regra de exclusão probatória, ou seja, a teoria da fonte independente, a do descobrimento inevitável, a doutrina da boa fé, a doutrina da tinta diluída e a da prova ilícita benéfica ao réu.

No terceiro capítulo faz-se um estudo relativamente sucinto – uma vez que este não configura o enfoque principal do trabalho - a respeito de aspectos da intimidade e da vida privada como direitos fundamentais do indivíduo, bem como à sua proteção normativa e fatores de distinção entre os dois institutos.

No quarto capítulo são analisadas as diversas hipóteses de gravações de imagens e sua utilização como prova no processo penal. Nesse sentido, são estudadas várias possibilidades de captação de imagens, seja através de gravações deliberadas ou

originárias de câmeras de segurança ou, ainda, gravações efetivadas por câmeras ocultas. São apresentados, também, estudos referentes a gravações em ambientes privados e públicos, além de captação de imagens em ambientes de trabalho.

O quinto capítulo possui por prioridade a análise da prova por captação de imagens e suas hipóteses de validade como elemento probatório no processo penal, sendo investigadas, em primeiro lugar, a validade das provas originárias de captação de imagens por câmeras de segurança, especialmente aquelas instaladas por particulares; e, em seguida, as hipóteses de validade de provas por captação sub-reptícia de imagens efetivadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro; e, finalmente, provas de tais espécies feitas pela denominada imprensa investigativa e sua validade no processo penal.

Finalizada essa etapa, são formuladas conclusões a respeito de tão tormentoso e pouco explorado tema.

A principal ambição deste trabalho consiste em apresentar - de modo satisfatório, espera-se - subsídios para o estudo das modernas formas de produção probatória no processo penal, com enfoque nas provas de caráter audiovisual. A par disto, analisa-se mencionados meios de prova em cotejo com as garantias e direitos constitucionais da pessoa objeto de investigação. Finalizando, confessa o autor não possuir grandes pretensões acadêmicas com o trabalho, aguardando, apenas, que o legislador dê alguma atenção ao assunto e os doutrinadores possam aprimorar os estudos a respeito da formação das provas por captação de imagens, formando novas convicções a respeito.

“Os julgamentos devem ser públicos; também devem-no ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência e às paixões. O povo dirá: ‘Nós não somos escravos, porém protegidos pelas leis’. Tal sentimento de segurança, que inspira a coragem, é o mesmo que um tributo para o soberano que tem na sua devida conta os seus legítimos interesses.” – **Beccaria**, *Dos delitos e das penas*.

1. A PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1. OBJETO DA PROVA

Consiste, o objeto da prova, em todas as circunstâncias fáticas sobre as quais incide alguma incerteza, seja em relação a seu conhecimento ou à sua existência, e que devem ser demonstradas ao julgador do litígio para que este, de posse de todas as informações necessárias, declare a existência ou não da questão submetida à sua decisão.

O objeto da prova pode ser considerado sob os aspectos *abstrato* e *concreto*.

Em sentido *abstrato*, é considerado objeto da prova tudo aquilo que pode ser provado em qualquer processo, independentemente de sua natureza. Assim, a prova pode incidir sobre: (a) fatos naturais (ex.: grande tempestade) ou (b) humanos, sejam eles físicos (ex.: homicídio) ou psíquicos (ex.: presença de dolo ou culpa). Pode incidir, sobre coisas, lugares etc.

Em sentido *concreto*, a prova deve ser direcionada, sempre, a determinado processo e deve tratar sobre a existência do fato delituoso, suas circunstâncias e, finalmente, das eventuais qualificadoras ou causas de diminuição da pena. Deve, ainda, individualizar os autores e suas condições pessoais (ex.: idade, costumes, antecedentes, estado mental etc.). Esses aspectos, dentre outros, devem ser objeto de prova, mesmo

que sobre eles inexistentem controvérsias, salvo casos especiais, como, por exemplo, a existência de costumes arraigados e conhecidos da comunidade onde reside o réu.³

De forma ampla, a delimitação do objeto da prova possui contornos claramente objetivos e consiste em tudo aquilo que pode ser provado ou reconstruído historicamente no processo, não interessando se referente a fatos passados ou presentes.

Aplica-se ao processo penal – e ao processo como um todo - o princípio da *liberdade da prova*, segundo o qual todos os fatos alegados como matéria de defesa ou acusação podem, e devem, ser recepcionados no processo, desde que relevantes para o julgamento da causa. A adoção desse princípio atende à necessidade existente no processo penal de se proceder à reconstrução histórica dos fatos, dentro dos fundamentos lícitos da verdade material,⁴ como meio de se garantir a correta composição do litígio. Por isso, os fatos que não apresentarem qualquer relevância para o julgamento do processo, seja por não terem relação com o delito praticado ou que, mesmo havendo tal ligação, não se mostrarem importantes ou elucidativos, devem ser, de imediato, descartados, afinal a relação processual não deve girar sobre provas, fatos ou circunstâncias que objetivamente não lhe interessem.

O princípio da liberdade das provas – ou *liberdade probatória* - admite exceções. Fala-se aqui dos denominados fatos isentos de prova, os quais existem com a finalidade de garantir a objetividade na composição do litígio, a celeridade e a eficácia das provas. Por outro lado, a isenção de determinadas provas visa assegurar o respeito aos direitos fundamentais das partes envolvidas no processo, especialmente do acusado. Pode-se afirmar serem isentos de provas:

³ José I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, p. 19 e 20.

⁴ Francisco Muñoz Conde explica, a respeito da busca da verdade material ou real, que está é limitada “ (...) por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales em todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura.” Afirma, ainda, o notável jurista, que “[...] la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad solo y en la medida em que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una ‘verdad forense’ que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso com todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho.” *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, p. 101 e 102.

a-) Os fatos evidentes ou incontestáveis, sobre os quais já existe uma convicção naturalmente formada, que não comporta qualquer espécie de dúvidas quanto a sua existência e natureza. Os fatos evidentes são aqueles que se expressam como normais e lógicos, contrariando tudo aquilo que é considerado excepcional. Capez denomina-os “axiomáticos” ou “intuitivos” e cita como exemplo a hipótese de um ciclista que é atropelado por um caminhão e cujo corpo fica despedaçado. Nesse caso, dispensa-se o exame cadavérico interno, pois a causa da morte é por demais evidente.⁵

b-) Os fatos notórios, que dizem respeito a todas aquelas questões normalmente conhecidas pelo homem comum, em função de sua repetida divulgação, e que, por tal razão, deveriam também ser conhecidas pelo julgador. Característica dos *fatos notórios* é que podem ser limitados no tempo e no espaço. Assim, o que é do conhecimento geral no estado de São Paulo pode não o ser no estado do Amazonas. Por outro lado, é do conhecimento geral que não há expediente forense no dia 25 de dezembro, razão pela qual a prática de atos processuais, reputados não urgentes, não pode ser designada para essa data.

De qualquer modo, havendo qualquer possibilidade de dúvida ou interesse claramente justificado no processo, os fatos reputados notórios devem ser objeto de prova. Como exceção, Vicente Greco Filho lembra que se o fato notório corresponder à elementar do tipo penal, deve ser provado. Assim, ainda que a morte de alguém constitua fato notório na comunidade, não se dispensará o exame de corpo de delito.⁶

c-) As presunções legais, pertencentes às chamadas provas indiretas, de larga atuação no direito processual moderno.⁷ Bifurcam-se em presunções absolutas e relativas. As presunções absolutas ou *juris et de jure* são aquelas que não admitem prova em sentido contrário, configurando, nas palavras de José Henrique Pierangelli, em uma ruptura no critério do livre convencimento do juiz, e uma ofensa à concepção jurídica da investigação da verdade material. Pierangelli lembra que as presunções absolutas, assim como as provas diretas, constituem fontes de certeza judicial. Diferentemente destas, porém – ou seja, das provas diretas – a presunção absoluta retira do juiz qualquer possibilidade de valoração da prova, impedindo que se estabeleça a

⁵ Fernando Capez, *Curso de processo penal*, p. 241 e 242.

⁶ Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, p. 175.

⁷ José Henrique Pierangelli, *Escritos jurídico-penais*, p. 151.

verdade efetiva sobre os fatos ocorridos, o que, *contrario sensu*, consiste exatamente naquilo que se busca no processo.⁸

Apenas para relembrar, o artigo 78, inciso IV do Código Penal de 1940, em sua versão original, trazia hipótese de presunção absoluta ao estabelecer que seriam considerados perigosos os reincidentes em crimes dolosos.

As presunções relativas (*juris tantum*), por outro lado, são aquelas presumivelmente verdadeiras, mas que admitem prova em contrário.⁹

*d-) finalmente, estão isentos de provas os fatos inúteis,*¹⁰ definidos como aqueles que em nada influenciam na busca da verdade. São os fatos irrelevantes e que não devem ser admitidos no processo por afrontarem a objetividade e a lógica na condução das provas. Seria o caso, por exemplo, de investigação a respeito de um crime de homicídio culposo em que, na instrução processual, o juiz perca tempo valioso indagando a testemunha a respeito dos hábitos de higiene do réu ou dos gostos musicais deste, sem que exista, nas respostas, qualquer vínculos entre esses fatos e as provas necessárias à instrução.

1.2. FONTE DE PROVA.

⁸ Idem, p. 151-152.

⁹ Arruda Alvim lembra a existência de outra espécie de presunção processual, ou seja, a **presunção do homem** ou presunção *hominis*. Segundo o processualista, a presunção *hominis* indica “que existirá uma verdade relativamente a um *fato probando* (intuído) decorrente de um fato (provado), presumido pelo juiz, coincidente com aquela perceptível pelo comum dos homens; é, todavia, uma verdade que não se encontra definida em lei. O juiz, aceitando uma *praesumptio hominis*, aceitá-la-á, precisamente porque ela expressa algo comum, habitual, e que normalmente ocorre. Se nas presunções *hominis* existe uma certa liberdade, pois o único limite existente para o juiz é a sua racionalidade, o seu bom senso e a sua crítica, não se pode falar, de forma alguma, em presunção *hominis* de grau absoluto e nem mesmo de grau relativo. É bem verdade que o art.335 [do Código de processo civil] prescreve ao juiz que, sendo o caso, use de sua experiência comum.” Finaliza, o professor da PUC de São Paulo, lembrando que “o problema da valoração das presunções do homem envolve maior delicadeza de raciocínio, o que já não ocorre com as legais, uma vez que nestas a atividade mental do juiz é definida e, assim, limitada pelo legislador. [...] As presunções do homem não vêm definida pelo Direito. Assim, cabe à doutrina determinar os requisitos necessários à admissão de tais presunções.” *Manual de direito processual civil*, p. 548 e 549.

¹⁰ Fernando Capez, ob. cit., p. 242.

Fonte de prova é o fato, circunstância ou coisa noticiada no processo, através de algum meio legal, ordinário ou extraordinário, do qual se extrai o fato que se deseja provar.

É relativamente comum no processo a confusão entre os institutos da *fonte* e *meio de prova*, mesmo sendo caracterizados por conceitos distintos.

A fonte de prova consiste em conceito extrajurídico, correspondendo, necessariamente, a uma realidade pré-existente e estranha ao processo. Por outro lado, o meio de prova possui caracteres eminentemente jurídicos e processuais. A fonte de prova existe independentemente da existência ou não do processo. O meio de prova surgirá e se desenvolverá, exclusivamente, no âmbito do processo. Isso acarreta uma relação essencial entre fonte e meio de prova, no sentido de que pode existir a fonte sem o meio de prova, mas não se concebe a existência deste - do meio de prova - sem a respectiva fonte.

Ao encontrar as fontes de prova, a parte interessada deve viabilizar os meios de prova legais para incorporá-las ao processo.¹¹ Em razão disso, as fontes de prova, sendo anteriores ao processo e encontradas fora dele, não se sujeitam às garantias próprias da ordem processual e sim às garantias jurídico-constitucionais de ordem geral.

Em lição a respeito do tema, Carlos Alberto Carbone afirma que:

La doctrina de ordinário entiende por fuente de prueba aquellos elementos de la realidad, el lugar de donde se extraerá la prueba, mientras que los medios son la vía por la que se introduce al proceso.
(...)

La nota característica es que la fuente de prueba es un dato com el se cuenta desde antes de la formación del proceso.

Precisamente, las diversas maneras de llevar esas fuentes que servirán de prueba al proceso son los medios de prueba y por tanto

¹¹ Carolina Sanchis Crespo, *La prueba por soportes informáticos*. p. 68.

*encierran nociones que nacen e mueren en el proceso. El concepto de medios es netamente procesal.*¹²

As garantias processuais, em que pese não atingirem as fontes de prova, limitam enormemente os meios de prova, entendidos estes como a atividade processual pela qual as fontes de prova são incorporadas ao processo. São, assim, exemplos ordinários de meios de prova no processo penal brasileiro o exame de corpo de delito, as perícias, a confissão, a oitiva de testemunhas, o reconhecimento, a acareação, documentos e os indícios.

Exemplificando, no exame de corpo de delito e perícias, a fonte de prova é o objeto material ou pessoal sobre o qual a atividade incide, enquanto o meio de prova é a atividade de pesquisa protagonizada pelo perito. Na confissão, a fonte de prova é a pessoa, enquanto o meio consiste em sua declaração no processo. Da mesma forma, a prova testemunhal: a testemunha consiste na fonte de prova; seu depoimento, o meio de prova. Na prova documental o documento é a fonte. Sua incorporação ao processo, o meio de prova.

A enumeração dos meios de prova no diploma processual penal brasileiro é exemplificativa, não configurando em *numerus clausus*, uma vez que se adotou no processo penal brasileiro o princípio da verdade real, do qual decorre outro princípio basilar, o da liberdade das provas, sendo ambos, por óbvio, incompatíveis com a ideia de um rol fixo e determinado de meios de prova.

Não sendo taxativos os meios de prova, evidentemente que as fontes de prova também não o são, nem poderiam sê-lo. Sendo as fontes de prova anteriores ao processo, e localizadas fora dele, elas existem e se multiplicam infinitamente no universo social, além de serem afetadas de forma evidente por toda evolução tecnológica existente nas sociedades modernas.

1.3. MEIO DE PROVA

¹² Carlos Alberto Carbone, *Grabaciones, escuchas telefônicas y filmaciones...*, p. 88.

Meio de prova, conforme antecipado, é o procedimento estabelecido em lei, pelo qual se viabiliza o ingresso da prova no processo. Sua enumeração na legislação processual não é taxativa, mas meramente enunciativa. Por tal razão, afirma-se a existência dos meios de prova ordinários e meios de prova extraordinários.

Meios de prova ordinários são aqueles expressamente previstos na norma processual. A legislação brasileira prevê os seguintes: exame de corpo de delito e perícias, interrogatório do acusado, confissão, perguntas ao ofendido, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareação, prova documental, prova por indícios e busca e apreensão de coisas ou pessoas. Cada um desses meios de prova ordinários possui procedimento específico, previsto em lei. É o que se denomina modo de produção da prova, cuja previsão permite aos atores do processo - o juiz, a acusação e a defesa - valorarem, da melhor forma, a credibilidade da fonte e a idoneidade do elemento de prova.¹³

Meios de prova extraordinários ou atípicos são aqueles que não encontram enumeração taxativa no ordenamento processual.

Não se desconhece que o avanço tecnológico experimentado pelas sociedades modernas vem proporcionando uma série quase infindável de novas formas e meios de se apresentar a prova de fatos. Assim, os exames de DNA, as interceptações de comunicação, as provas produzidas por meios audiovisuais dentre tantas outras, são meios de prova que auxiliam de modo mais eficiente na reconstrução histórica dos fatos, mas que apenas recentemente começaram a receber alguma regulamentação por parte do Estado.¹⁴ Ressalte-se que uma prova extraordinária somente pode ser admitida quando relevante para a verificação dos fatos e não lesiva à dignidade, liberdade moral e outras garantias da pessoa.

Reconhecida a existência de meios de prova extraordinários ou atípicos, eventual ausência de regulamentação específica não obsta a sua admissão no processo e conseqüente conhecimento pelo julgador, uma vez que, nessas hipóteses, deverão ser,

¹³ Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, p. 108

¹⁴ Nesse sentido a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, alterada pela Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, prevê a figura do agente de polícia infiltrado em organizações criminosas e a autorização de captação de imagens clandestinas como prova no processo; vide também a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, a qual autoriza a interceptação de comunicações telefônicas.

por analogia, aplicadas as normas do meio de prova que mais se adaptem à sua natureza e características.¹⁵

Os meios de prova extraordinários podem ser considerados como consequência direta do já mencionado princípio da liberdade probatória, segundo o qual os fatos relacionados com o caso podem ser provados por uma variedade ampla de meios e modos.

Não é, porém, qualquer espécie ou instrumento, como por vezes se divulga, que podem ser utilizados como meio de prova, mas tão-somente aqueles permitidos pelo ordenamento constitucional, e que sejam legítimos e circunscritos à lei.

Dentro das normas do *Codice de Procedura Penale* italiano há a previsão dos denominados meios de prova extraordinários em seu artigo 189, segundo o qual:

*[...] 1. Quando é richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'acertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalit di assunzione della prova.*¹⁶

De igual modo o artigo 182 do *Código Procesal Penal* de Costa Rica, textualmente, afirma:

*Artículo 182. Libertad probatoria. Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley*¹⁷

¹⁵ Eduardo M. Jauchen. *Tratado de la prueba en materia penal*. p. 28/29.

¹⁶ Em tradução do autor: “art. 189. 1. Quando é requerida uma prova não regulamentada em lei, o juiz pode produzi-la se esta é idônea a assegurar o acertamento dos fatos e não prejudica a liberdade moral da pessoa. O juiz determina a produção da prova, devendo ouvir as partes sobre sua modalidade de produção”.

¹⁷ De igual modo, o **Código de Procedimiento Penal da Colômbia** prevê expressamente a aplicação do princípio da liberdade probatória, fazendo-o nos seguintes termos: “**Artículo 237. — Libertad probatoria. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales**”. Por sua vez, o **Código Procesal Penal da Guatemala** também prevê a aplicação do princípio da liberdade probatória e proibição de

A produção das provas deve observar a forma legal, sendo que, em havendo violação a tais normas, a prova será considerada irregular e inadmissível como elemento de conhecimento e valoração do fato.¹⁸

1.4. ÔNUS DA PROVA

Em caráter introdutório, devem ser lembrado alguns aspectos a respeito do instituto do ônus da prova. Basta imaginar hipótese onde o juiz, devendo resolver fato alegado pela parte, não encontra, no processo, qualquer prova a respeito do mesmo. Compete a ele julgar improcedente o pedido ou, conforme o caso, julgar extinta a lide. Consequência disso é que, se a parte que possui interesse jurídico na comprovação do referido fato não apresenta qualquer prova que colabore com a demonstração deste, não poderá ter sua pretensão jurídica satisfeita.

No entanto, a produção da prova processual não constitui obrigação, mas ônus, ou seja, carga, peso etc.

Vicente Greco Filho menciona três princípios que justificam a existência do instituto do ônus da prova. São eles:

provas ilicitamente obtidas, dentre elas as que violem o direito à intimidade do indivíduo. Observe-se: “**Artículo 182.** (*Libertad de la prueba*). *Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.* **Artículo 183.** (*Prueba inadmisibile*). *Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.*”

¹⁸ O Código de Processo Penal português, em seu artigo 126, enumera explicitamente os meios proibidos de prova, ao afirmar serem nulas as provas obtidas mediante tortura, coação ou, ainda, aquelas obtidas mediante ofensa da integridade física ou moral das pessoas. No item 2 do mesmo artigo, o diploma lusitano especifica que são consideradas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, ainda que com o consentimento destas, mediante: a-) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b-) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c-) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d-) ameaça com medida legalmente admissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e-) promessa de vantagem legalmente inadmissível. Por fim, no item 3 do mencionado artigo, especifica que, ressalvados os casos previstos em lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.”

1º) *o princípio da indeclinabilidade da jurisdição*, pelo qual o juiz não pode, como podia romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*;

2º) *o princípio da imparcialidade*, segundo o qual o juiz não pode tornar-se acusador ou defensor, quer quanto à iniciativa da ação, quer quanto à iniciativa da prova;

3º) *o princípio da persuasão racional* na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos e não segundo sua convicção íntima.¹⁹

A partir dos princípios acima, compete ao sistema processual apontar, em cada hipótese concreta, a qual das partes compete apresentar a prova sobre as questões alegadas, evitando, deste modo, as consequências danosas que eventual omissão implica a seu direito. De ordinário o ônus da prova compete à parte que tem interesse jurídico em que eventual fato alegado em seu benefício seja provado.²⁰

A regra é no sentido de que a apresentação da prova dos fatos compete à parte que os alega. É o que expressa o artigo 156 do Código de Processo Penal quando determina, em sua primeira parte que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Por outro lado, o Código de Processo Civil segue caminho semelhante quando afirma, em seu artigo 333 e incisos, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto a fato constitutivo de seu direito; e ao réu, no que pertine a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.²¹

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, dispõe de forma diversa em seu artigo 6º, inciso VIII, uma vez que preleciona, dentre as garantias do consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor”, sempre que o julgador perceber verossimilhança em seu pedido – isto é, quando houver relativa certeza quanto à verdade dos fatos - ou quando este, segundo as regras

¹⁹ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, p. 179.

²⁰ Eduardo M. Jauchen., ob. cit., p. 38.

²¹ Magalhães Noronha explica que “(...) o ônus da prova cabe às partes. Há uma diferença, porém. A da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que, para o acusado basta a dúvida. (...) É a consagração do *in dubio pro reo* ou *actore non probante absolvitur reus*; há então prevenção legal da inocência do acusado. É o que o Código expressamente consagra no artigo 386, VI: absolve-se o réu quando 'não existir prova *suficiente* para a condenação’”. Curso de direito processual penal, p.91.

normais da experiência, for considerado hipossuficiente.^{22,23} Concluindo, não é automática a inversão do ônus da prova no direito consumerista. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor.²⁴

A inversão do ônus da prova também é instituto aplicado no que concerne à responsabilidade civil do Estado, uma vez que o sistema constitucional brasileiro adotou a teoria da responsabilidade objetiva. Assim, basta ao particular, vítima de dano produzido por agente público, demonstrar a existência da ação ou omissão do deste, assim como o resultado e o nexo de causalidade. Para se ver livre da obrigação de indenizar, compete ao Estado comprovar eventual culpa exclusiva da vítima ou existência de caso fortuito ou força maior. O particular pode até oferecer, caso delas disponha, provas a respeito da culpabilidade do agente público, mas não é obrigado a tanto pela norma. Exemplar, nesse sentido, é a lição oferecida pelo administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

A pretensão formulada pelo indivíduo para obter do Estado a reparação de prejuízos atenua em muito o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega. Se o autor da ação alega a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado-réu a contraprova sobre tais alegações.²⁵

Conceitua-se *ônus da prova* o encargo que tem a parte interessada, no sentido de demonstrar a existência de um fato relevante ao julgamento do processo, e que tenha sido alegado em seu interesse. Em sua clássica obra, *Teoria Geral do Processo*, Ada

²² Motauri Ciocchetti de Souza sustenta que as “(...) alegações serão verossímeis quando trouxerem desde logo elementos que façam supor a existência do direito sustentado pela parte, de forma que, se o processo fosse julgado naquela oportunidade, o pleito seria acolhido.” Afirma, ainda, que “é necessária a presença de elementos que afiancem a concreta possibilidade da existência do direito, ou seja, deverá a parte demonstrar, por intermédio de argumentos e provas, que o direito que postula não se mostra apenas razoável – mas provável”. Quanto à hipossuficiência, explica o promotor de justiça paulista, que configura na situação daquele que, “ao menos na teoria, não reúne condições adequadas de litigar em igualdade dentro de uma relação jurídico-processual”, ou seja, “ao prever a hipossuficiência a lei paralelamente cria mecanismos – quer de ordem material, quer na esfera processual – visando a supri-la, como forma de trazer equilíbrio a determinada relação jurídica, de sorte a materializar o princípio constitucional da igualdade.”, *Interesses difusos em espécie*, p. 186 e 187.

²³ “Para que haja a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) é necessário que o juiz analise as peculiaridades do caso concreto e, no contexto, facilite a atuação da defesa do consumidor. A inversão não é automática, devendo o juiz justificar devidamente se presentes os pressupostos da referida norma, para, aí sim, deferir a inversão da prova.” STJ, REsp 284.995-SE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/10/2004.

²⁴ REsp 332.869-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24/6/2002 (Informativo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça n. 140)

²⁵ José dos Santos Carvalho Filho, *Direito Administrativo*, p. 442.

Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco explicam, porém, que “uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição)”.²⁶

No direito processual penal brasileiro, o ônus da prova compete ao Ministério Público ou ao querelante, no que diz respeito à autoria e materialidade do fato criminoso. Também a prova que se refere às circunstâncias agravantes e causas de aumento da pena compete à acusação. Ao acusado reserva-se o ônus de apresentação de provas a respeito de eventual alegação das excludentes de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade do fato. Deve, ainda, o acusado, apresentar provas da *inexistência do fato* caso pretenda sua absolvição com base no que dispõe o artigo 386, I do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, em hipótese de Revisão Criminal, cuja natureza é de ação penal não-condenatória, incumbe ao réu condenado que a promove o *onus probandi*, cabendo-lhe fornecer ao juízo competente os elementos instrutórios necessários a comprovação dos fatos arguidos.²⁷ Cumpre, ainda, ao réu a apresentação de prova referente a álibi que possa ser aproveitado pelo mesmo.²⁸

1.5. PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA PROBATÓRIO

Como mencionado no item 1.1, acima, o objeto da prova consiste na busca de circunstâncias fáticas – ou mesmo jurídicas - sobre as quais incide alguma incerteza e cujo objeto visa o convencimento do julgador. Tendo em mente esse objetivo fica fácil compreender, grosso modo, os princípios informativos do sistema probatório como pressupostos cuja observância é necessária para a correta validade dos meios de prova apresentados.²⁹

²⁶ Em complemento a sua lição e, naquilo que diz respeito à iniciativa probatória do juiz, os processualistas citados afirmam que sua participação tem “importante reflexo na relevância da distribuição do ônus da prova. Num imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova”. *Teoria Geral do Processo*, p.350 e 351.

²⁷ STF, **HC 68437/DF**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJU de 15-3-91; e **HC 66570/SC** - Relator: Min. MOREIRA ALVES, Publicação: DJU de 25-11-88.

²⁸ STF, **HC 70742/RJ** - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 30-6-00.

²⁹ Não é por outra razão que Gomes Canotilho ensina que “O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de

A afirmação acima é coerente com a lição de Adalberto José de Camargo Aranha, para quem “o objetivo da prova é o de demonstrar em juízo a existência de um fato perturbador ou violador de um direito. Logo, os princípios que regem a prova podem ser definidos como os critérios legais em busca de tal objetivo.”³⁰

Sinteticamente e seguindo os parâmetros firmados pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, acima, os princípios que regem as provas, podem ser descritos da seguinte forma:

a.) Princípio da dignidade. Princípio inserido na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, significa que é dever do Estado oferecer e garantir todas as condições necessárias para que os indivíduos exerçam seus direitos e deveres de forma digna. São muitas as maneiras através das quais pode ser lesada a dignidade da pessoa; uma delas diz respeito à coleta de provas judiciais com violação à integridade física ou moral do agente objeto de investigação.

Raquel Pinheiro de Andrade Mendonça lembra ser a garantia da dignidade um princípio-chave no ordenamento jurídico pátrio, vez que, deste, vários outros são desencadeados. Explica que “o princípio da dignidade abraça os direitos e garantias individuais quando assegura o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o acesso ao judiciário, o direito à prova, dentre outros.”^{31, 32}

b.) Princípio da aquisição ou comunhão da prova. A prova, independentemente de quem a tenha produzido – se a defesa ou acusação – logo que incorporada ao processo deixa de pertencer àquele que a produziu. Ela passa a pertencer tão-somente ao processo e serve aos interesses de ambas as partes e, principalmente, da justiça.

direito; são as exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.” *Direito Constitucional*, p.1037.

³⁰ Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, p. 32.

³¹ *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 27.

³² Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins corroboram tal entendimento – e vão além - ao afirmar que: “A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. Em última análise, a dignidade tem uma dimensão também moral. São as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas. (...) Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.” *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 425.

c.) Princípio da concentração. Tal princípio recomenda que a prova produzida no processo seja concentrada em um único ato, ou seja, durante a audiência. A observância desse princípio visa a maior rapidez na instrução do processo e garantia da observância do contraditório, vez que as partes, regra geral, estarão presentes durante sua produção.

d.) Princípio da audiência contraditória. Atende aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, no sentido de que a toda prova produzida, deve ser oportunizada à outra parte a contraprova, não se admitindo, no processo penal, a produção e valoração de provas sem que a parte contrária dela tenha tomado conhecimento e se manifestado a respeito. Embora tratados ocasionalmente como princípios sinônimos, há uma diferença substancial entre a ampla defesa e o contraditório. Esse, o contraditório, autoriza à parte acusada em processo criminal a ciência dos fatos, argumentos e provas apresentados contra si e a cujo teor pode reagir, oferecendo outros fatos, argumentos e provas em sentido contrário e em sua defesa. Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça, cujos ensinamentos são novamente invocados, explica objetivamente o fim visado pelo contraditório. São suas as afirmações:

Para o exercício pleno da defesa, há uma condição necessária e suficiente que é a ciência de todo o conteúdo do processo; caso contrário, se violaria frontalmente um direito assegurado constitucionalmente.

Assim, a verdade almejada pela Justiça necessita da participação efetiva da defesa. Necessário se faz, então, que o acusado tenha ciência das alegações e dos fatos (provas), como também do seu direito, devendo ser observado o momento processual correto para o seu conhecimento e a sua consequente atuação em juízo, velando-se pela aplicação prática do princípio da contraditoriedade.³³

Por sua vez, a ampla defesa autoriza ao réu o direito à adequada e eficiente resistência às pretensões adversárias. Assim, este pressupõe a existência de defesa

³³ Raquel Pinheiro de Andrade Mendonça. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. p. 25.

técnica, o direito a usufruir de todos os recursos legais previstos na legislação, o direito a requerer a realização e produção de provas etc.³⁴

e) Princípio da auto-responsabilidade das partes. Esse princípio, embora próprio do sistema dispositivo de apresentação de provas e vinculado preponderantemente ao processo civil, encontra alguma aplicação também no processo penal. Significa que as partes sofrem as consequências jurídicas prejudiciais de sua negligência na condução do processo, e o fazem a seu próprio risco. Assim, eventual inépcia da parte pode inevitavelmente redundar em prejuízo a si própria, uma vez que se espera desta que assuma o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas, especialmente quando estas não possam ser supridas pela iniciativa própria do julgador.

1.6. PERTINÊNCIA E UTILIDADE DA PROVA

Prova pertinente é aquela que se relaciona direta ou indiretamente com o fato objeto do processo. A prova é considerada relacionada ao fato quando diz respeito à existência, inexistência ou circunstâncias do mesmo, bem como quando trata da participação ou não do indigitado autor nos fatos levados à apreciação judicial. Também deve ser considerada *prova pertinente* a tendente a demonstrar a idoneidade de outro elemento probatório, o qual esteja relacionado diretamente com o fato principal. Exemplo disso são as provas destinadas a verificar a idoneidade de testemunhas ou a autenticidade de documentos apresentados nos autos do processo pela parte contrária.

Contrario sensu, prova impertinente é aquela que não apresenta qualquer relação com o fato objeto do processo, dela não se podendo extrair nenhuma referência útil ao levantamento da verdade dos fatos. Tal espécie de prova deve ser rechaçada de imediato pelo julgador, evitando-se o dispêndio de tempo com práticas processuais inúteis.

Juntamente com o princípio da pertinência da prova, deve ser analisado o princípio da *utilidade da prova*.

³⁴ Essa questão é melhor analisada no item 1.8, infra.

Quando se fala em *utilidade da prova*,³⁵ surge à mente, caracteres como importância, idoneidade e eficácia necessárias à demonstração dos fatos cuja prova se deseja fazer. A prova útil é sempre pertinente, uma vez que corrobora para a reconstrução histórica dos fatos. No âmbito do processo a prova irrelevante deve ser dispensada imediatamente pelo juiz. Tal não ocorre, entretanto, com a prova inútil, uma vez que o juiz somente pode avaliar a utilidade do elemento de prova no decorrer da instrução processual.

1.7. SISTEMAS DE APRECIÇÃO DA PROVA

O momento da apreciação da prova caracteriza-se como um dos mais importantes da relação processual. É quando o julgador aprecia e valora o rol de provas apresentadas no processo e, com base nele, profere decisão. É ato próprio e pessoal do juiz. Apesar de as partes poderem exercer atos de influência, fornecendo elementos para a apreciação (por meio de alegações, razões, debates etc.), a única avaliação válida no processo é aquela que se origina do órgão julgador.

Mirabete lembra que a evolução do direito penal acarretou o surgimento de profundas alterações nos critérios de apreciação das provas. Assim, segundo suas palavras:

[...] primitivamente, aplicava-se o sistema étnico ou pagão, em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico. Em seguida, vigorou o sistema religioso, em que se invocava o julgamento divino, através das ordálias,³⁶ dos duelos

³⁵ A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de decidir que “(...) impõe-se à parte o encargo de demonstrar a utilidade da prova requerida e desprezada pelo juiz”. (REsp n. 164615, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 21.6.99, p. 78)

³⁶ Francisco Augusto das Neves e Castro, *Teoria das provas...*, p. 44 anota que “as ordálias, julgamentos ou juízos de Deus, consistiam em submeter o acusado a uma certa e determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sair dela com vida se fosse culpado. (...) Tal espécie de prova tomava uma série de formas, como 1º) a prova da água a ferver, que era peculiar da lei sálica, a qual regulava a sucessão na dinastia dos Bourbons e segundo a qual as mulheres não podiam herdar. Consistia em tirar um objeto do fundo de uma caldeira de água a ferver, de forma que, se o acusado, no fim de três dias não tinha nas mãos sinal algum de queimadura, a prova era favorável; (...) 3-) a prova da água fria, que se fazia de diversas formas, uma das quais era passarem os dois pleiteantes um rio, nadando durante um certo número de vezes, perdendo a causa aquele que cansasse primeiro; 4-) a

judiciários³⁷ e dos juízos de Deus. Nos tempos modernos, são três os sistemas instituídos pelas legislações: o da certeza moral do juiz, o da certeza moral do legislador e o da livre convicção.³⁸

Historicamente, os doutrinadores têm estabelecido a existência de três principais sistemas para avaliação das provas processuais – o sistema da certeza moral ou íntima convicção; o sistema da prova legal e, finalmente, o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado do juiz. Cada qual desses sistemas implica na adoção de políticas processuais completamente diversas entre si, indicando, cada qual, a postura que o julgador deve assumir na apreciação da lide levada a seu conhecimento. A seguir, uma análise a respeito de cada um dos sistemas de apreciação da prova:

1.7.1 Sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção.

Pelo sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção autoriza-se ao juiz liberdade ilimitada para decidir da forma que quiser, não necessitando guiar-se por critérios legais delimitadores da decisão.³⁹

A respeito desse sistema, Adalberto José de Camargo Aranha explica que “o juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais e, por fim”, lembra o autor, “pode deixar de decidir se não formada a convicção.”⁴⁰

Esse sistema – evidentemente que sob prisma mais moderno - vigora, no direito brasileiro, nos julgamentos efetuados pelo Tribunal do Júri, onde o jurado decide

prova da cruz, em virtude da qual aqueles que questionavam se colocavam um defronte o outro com os braços abertos, de forma que aquele que primeiro os deixasse cair não tinha justiça; 5-) a prova do cadáver, que consistia em colocar o corpo da vítima defronte ao acusado, de forma que, se de novo começasse a correr-lhe o sangue, era aquele o autor do crime”

³⁷ Idem, ob. cit., p. 48 considera o duelo judiciário “não como uma conseqüência do estado primitivo dos homens, nem dos costumes da cavalaria, à qual é anterior; mas sim como o resultado da pouca consideração ligada ao juramento (que consistia na invocação da Divindade para confirmação da verdade de um fato que se alega)”. Com o duelo judiciário, os povos que “não tinham inteligência para decidir os pleitos lançavam mão da força física, para que, à maneira dos seres destituídos de razão, pudessem descobrir os direitos que só tinham origem na força ou na destreza dos combates”.

³⁸ Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, p. 263.

³⁹ Fernando Capez, ob. cit. p. 249

⁴⁰ Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. *Da prova no processo penal*, p.76.

limitando-se a responder às indagações do juiz-presidente com um sim ou não, apresentados de forma secreta.⁴¹ Com isso, o órgão julgador fica isento do dever de dar os fundamentos e razões que o motivaram a decidir naquele sentido. Em tal sistema, o julgador recebe a prova e julga atendendo a critérios eminentemente particulares, ditados por sua intimidade e consciência. Entretanto, ao contrário do que ocorria em seus primórdios, fica obrigado a proferir decisão, isentando-se apenas de motivá-la.

1.7.2 Sistema da certeza moral do legislador ou da prova legal.

Há, ainda, o sistema da certeza moral do legislador ou sistema da prova legal. Conforme tal sistema de apreciação de provas, o valor de cada elemento probatório ou as condições para que certos fatos ou circunstâncias sejam considerados por provados encontram-se previamente determinados em lei.⁴² Não existe, no referido sistema, convicção pessoal do magistrado nem atividade criativa na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei.⁴³ Decorre desse sistema o brocardo latino *testis unus, testis nullus*, por meio do qual o depoimento de uma única testemunha, por mais verossímil que seja, não possui qualquer valor.

Tal sistema vigora como regra de exceção no direito processual penal brasileiro. Assim, quando o artigo 155 do diploma de procedimentos penais determina que, no juízo criminal, quando a controvérsia disser respeito ao estado das pessoas, deverão ser observadas as restrições previstas na lei civil, ou seja, eventual prova somente será feita mediante certidão, não se admitindo a prova testemunhal, o legislador adota uma espécie de prova legal. Do mesmo modo, o artigo 158 desse diploma legal afirma que, deixando a infração vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁴¹ Nesse sentido o artigo 486 do CPP: “Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz mandará distribuir pelos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo umas a palavra *sim* e outras a palavra *não*, a fim de, secretamente, serem recolhidos os votos.”

⁴² Cafferata Nores explica que “*en el sistema de la prueba legal es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).*”

⁴³ Fernando Capez, ob. cit., p. 249.

1.7.3 Sistema do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional.

Por fim, há o sistema do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional, segundo o qual se concede ao juiz total liberdade para formar sua convicção a respeito da prova, não o vinculando a critérios legais de predeterminação ou valoração dos meios de prova.⁴⁴ Elucidativa é a lição de Jauchen a respeito do sistema do livre convencimento, conforme lição abaixo transcrita:

*[...] las características fundamentales de este sistema son: la inexistência absoluta de dogmas legales sobre la forma em que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe outorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio da la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.*⁴⁵

Esse é o sistema adotado, como regra, no ordenamento processual penal brasileiro, uma vez que o artigo 157 dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, p.110 e 112 afirma que, “a crítica e a superação das *provas legais* representam uma conquista do pensamento iluminista e da Revolução Francesa”. Lembra, o professor de Filosofia do Direito italiano, que “o abandono das *provas legais* em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da ‘*livre convicção*’, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das prova legais (...) e terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições *suficientes* da condenação e da pena se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda a função normativa”.

⁴⁵ Eduardo M. Jauchen, ob. cit., p. 48.

apreciação da prova. Em verdade, esse sistema é baseado nos dois anteriores, situando-se a meio termo entre os sistemas da prova legal e o da íntima convicção.

Esse sistema funda-se em dois pilares. O primeiro autoriza ao juiz julgar conforme recomenda, obviamente, sua consciência ou seu convencimento pessoal. O segundo determina ao julgador que, em sua decisão, baseie-se em provas lícitas devidamente incorporadas ao processo. Assim, veda-se a ele julgar por notícias ou fatos existentes, mas fora do âmbito processual – excetuam-se os fatos reconhecidamente notórios – bem assim através de provas produzidas de forma ilícita.

É possível concluir afirmando que a livre apreciação da prova, como afirmado acima, não autoriza o arbítrio, uma vez que o juiz deve embasar sua decisão nos elementos probatórios apresentados no processo e indicá-los precisamente. Assim, há o dever que incumbe ao juiz de fundamentar e motivar a sua decisão, para que as partes e as instâncias superiores, em eventual recurso, tenham como avaliar o acerto ou possível erro da decisão adotada.

1.8 DIREITO À PROVA

A prova pode ser conceituada em seu sentido lato e estrito. Em sentido lato corresponde à forma lógica pela qual o homem utiliza sua inteligência para a demonstração da verdade. Em sentido estrito constitui-se na apresentação de fatos e documentos que demonstrem a verdade das afirmações deduzidas em juízo.

Interessante lembrar que esse tema – o do direito à prova – nunca suscitou muita discussão no meio acadêmico, uma vez que a doutrina tradicionalmente prioriza aspectos como o dever ou ônus da prova e não o direito a ela.

Obviamente, o direito de defesa se tornaria inconsistente e vago sem a garantia, ao acusado, da oportunidade de demonstrar os fatos sob sua ótica, ou seja, de prová-los e certificar-se de que suas alegações seriam efetivamente apreciadas pelo julgador, por meio de decisão fundamentada.

Para Florian, “provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato”.⁴⁶ O objeto da prova consiste no fato ou circunstância sobre a qual versa o litígio e que deve ser demonstrado.

Regra geral o direito não se constitui em objeto de prova, vez que esta, por evidente, só se refere a fatos. Quando escrito, o direito não deve ser objeto de prova. Abre, porém, o Código de Processo Civil, uma exceção ao afirmar que quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, deverá provar seu teor e vigência, desde que determinado pelo juiz.⁴⁷

Quando em litígio e em relação a matéria das provas compete às partes as seguintes prerrogativas: a-) o direito a propor a prova; b-) direito de demonstrar o contrário do que foi alegado pelo adversário; c-) o direito a que a prova proposta seja admitida, quando pertinente, sendo que, na hipótese de não sê-lo, que tal inadmissão seja motivada, razoável e não arbitrária; e, finalmente, c-) o direito que a parte tem de ver sua prova apreciada e valorada pelo juízo.⁴⁸

Em primeiro plano, o direito a propor a prova - enquanto fundamento constitucional - encontra sua razão de existência no princípio do devido processo legal, assegurado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República.

O devido processo legal, da forma como aplicado na atualidade, origina-se da Magna Carta, de João Sem Terra, de 1215. Contudo a expressão *due process of law* foi utilizada pela primeira vez em uma norma inglesa de 1354, editada sob o reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

No Brasil, a expressão foi mencionada pela primeira vez na Constituição de 1988 e configura, verdadeiramente, em dupla garantia, quais sejam, a processual e material. Quanto à primeira, assegura ao acusado total paridade de armas em relação ao órgão acusador, produzindo uma igualdade substancial e a plena contraditoriedade entre ambas as partes. No que pertine à garantia material ou substancial, o devido processo

⁴⁶ Apud Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*, p. 88.

⁴⁷ Nesse sentido o art. 337 do CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

⁴⁸ Carolina Sanchis Crespo, ob. cit., p. 27.

legal garante a liberdade e a proteção aos bens do acusado, dos quais não poderá ser privado sem prévia decisão judicial, ou o prévio juízo.

Atualmente é correto compreender o direito que tem as partes, especialmente o acusado, de oferecer as provas pertinentes como elemento integrante do mencionado princípio do devido processo legal.

Prosseguindo, o direito a propor a prova, como direito fundamental do litigante, especialmente do acusado, encontra seu fundamento nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Como já afirmado, o primeiro visa afastar, no processo, a arbitrariedade, a parcialidade e a opressão sobre o acusado. A ampla defesa consiste na garantia que se dá ao réu no sentido de propiciar-lhe o uso de todos os meios legais e morais para sua defesa.

Ao lado das afirmações acima, que incide em nosso sistema constitucional os princípios próprios do processo penal garantista. Assim, todos acusados encontram-se justamente amparados pela presunção de inocência, assegurado pela Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVII. Por essa garantia, o réu fica praticamente desincumbido da obrigação de oferecer provas no processo criminal – o que obviamente não o impede de fazê-lo, como já afirmado no item 1.4 supra, especialmente quando queira comprovar eventual excludente de ilicitude ou culpabilidade ou inexistência do fato delituoso – cabendo estas à acusação. Assim, regra geral, ao réu resta o ônus de refutar as provas apresentadas, pelos meios legais.

Quando, porém, as provas forem referentes à eventual causa excludente da ilicitude do fato delituoso (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) ou excludente da culpabilidade (inimputabilidade ou inexigibilidade de conduta diversa, coação irresistível, discriminantes putativas etc.) o ônus de apresentação da prova compete ao réu.

A lei processual brasileira, ao adotar o princípio da liberdade probatória admitiu a inclusão, no processo, de todos os meios de prova moralmente legítimos – sujeitos,

porém, à observância da necessidade, adequação e utilidade - vedando as provas ilicitamente obtidas.⁴⁹

Quanto ao item b acima mencionado, ou seja, o direito a que a prova proposta seja admitida, quando pertinente, se observa tratar do direito de a parte acusada demonstrar, precisamente, o contrário do que apresentado pela parte *ex adversa*, configurando explícita manifestação dos princípios do contraditório e ampla defesa, já mencionados. Desse modo, ao acusado deve ser garantido o direito de juntar documentos cujo teor seja contrário àqueles oferecidos pela acusação, arrolar testemunhas que possam expressar uma nova versão dos fatos etc. Proíbe-se ao julgador proferir decisão sem antes assegurar, pelo prazo legal ou razoável – em não havendo termo fixado em lei – o exercício desse direito.

A prova proposta, desde que pertinente, deve ser admitida. Caso não o seja, a decisão que a afaste deve ser motivada e razoável. Por prova pertinente deve se entender aquela que guarda relação direta ou indireta tanto com os fatos a serem provados como com o *thema decidendi*.

Com relação à motivação não se menciona qualquer novidade, porque toda decisão ou sentença judicial deve ser necessariamente fundamentada. É o que consta do artigo 93, inciso IX da Constituição da República.⁵⁰ Essa previsão constitucional objetivamente possui o fim de garantir que os atos judiciais de caráter decisórios não serão arbitrários e observarão ao princípio da razoabilidade.

O direito à utilização da prova no processo penal não é ilimitado, pois esbarra em critérios de legalidade, adequação e na já mencionada à exaustão pertinência ao objeto do litígio. Assim, deve a parte interessada relacionar a prova oferecida aos fatos alegados no processo. Em sendo impertinente, a prova oferecida deve ser rejeitada,

⁴⁹ Importa lembrar que o direito à prova não possui caráter absoluto. São exemplos as hipóteses previstas no artigo 207 do Código de processo penal, o qual proíbe de depor “as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada (...)” e desde que queiram dar seu testemunho. O artigo 206 do mesmo diploma legal trata das hipóteses onde os ascendentes ou descendentes, irmão, cônjuge, dentre outros parentes próximos do réu, podem recusar-se a depor, exceto quando seu depoimento for imprescindível à instrução processual.

⁵⁰ Mencionado dispositivo - artigo 93, IX, da CF - determina, em sua primeira parte, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”

competindo tal rejeição, por evidente, ao mesmo juízo a quem caberia apreciá-la caso fosse admitida no processo.

Caso decida pela rejeição da prova oferecida pela parte, compete ao juiz fazê-lo em decisão motivada e razoável, conforme afirmado acima, especialmente se a prova indeferida for apresentada pelo réu. Eventual rejeição da prova sem fundamentação judicial configuraria cerceamento ao direito de defesa, provocando-se futura e inevitável anulação do processo.

Finalmente, em relação ao terceiro, e último, aspecto da prova, deve ser entendido que, uma vez apresentada e admitida a prova no processo penal, compete ao juiz necessariamente apreciá-la, justificando sua sentença nela e em outras eventualmente oferecidas. A não apreciação da prova adequadamente juntada aos autos do processo equivale à sua inadmissão tácita – não motivada – e, conseqüentemente, à clara violação do princípio da ampla defesa.

Essa afirmação é devidamente amparada pelo dispositivo previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição da República, o qual determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, devendo, ainda, ser fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.⁵¹

De igual modo, o artigo 381, incisos III e IV, do Código de Processo Penal, o qual impõe ao juiz a obrigação de, ao sentenciar, indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, assim como os artigos de lei aplicados.⁵²

A partir destes mandamentos legais, fica fácil constatar que, nos estritos parâmetros da persuasão racional, possui o juiz liberdade na apreciação das provas, desde que circunscrito a determinados limites, sejam eles: I - devem ser consideradas e valoradas todas as provas constantes dos autos – repita-se, desde que pertinentes, adequadas e úteis - independentemente de quem as tenha produzido, ficando o juiz

⁵¹ Art. 93, inciso IX da Constituição Federal: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁵² De igual modo, o artigo 131 do Código de Processo Civil determina que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deve indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

impedido de decidir por suas próprias convicções pessoais, sem arrimo nas provas carreadas ao processo; II - a sentença deve ser motivada, de forma explícita e transparente, de modo que as partes tenham condições de saber exatamente quais os efeitos provocados por suas provas no espírito do julgador, o que, de mais a mais, lhes confere melhores subsídios para eventual apresentação de recurso.

1.9. O RÉU E A PROVA

O princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, Constituição Federal) não se refere apenas a uma prática abstrata e formalista. Ele pressupõe a garantia do réu em agir e defender-se no processo, participando efetivamente do contraditório. O primeiro passo para se atingir tal objetivo é dar a conhecer ao imputado quais as provas contra ele produzidas, para que possa refutá-las. Tais provas devem tornar-se de seu conhecimento – em um processo judicial ideal – no momento próprio da diligência de citação.⁵³

Para Tijerino Pacheco, o ato citatório,⁵⁴ deve observar três aspectos: a imputação, as provas que a fundamentam e os direitos do réu frente a tal imputação. Basta a ausência de um desses elementos para que o ato de citação seja declarado ineficaz.

Em que pese a vigência do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal), o qual, em verdade, praticamente desobriga o acusado do ônus de apresentar provas em seu benefício, tem este o direito de fazê-lo. Mais do que isso: deve fazê-lo e ser informado disso.

⁵³ Júlio Fabbrini Mirabete, em *Processo Penal*, p. 421, explica que “(...) em decorrência do princípio da ampla defesa, é imprescindível que sejam os acusados cientificados da existência do processo e de todo o seu desenvolvimento. Ninguém pode ser processado ou condenado sem que tenha ciência da acusação que se lhe faz, das alegações da parte acusadora, das provas produzidas e das decisões exaradas nos autos. Essa ciência é feita através da citação, em que se científica o acusado da imputação, e das intimações e notificações, em que se lhe comunicam os atos do processo, passados e futuros. (...) A citação é ato essencial do processo, imposição categórica de garantia constitucional, e sua falta é causa de nulidade absoluta do processo (art. 564, III, e).”

⁵⁴ José Maria Tijerino Pacheco. *Debido proceso y pruebas penales*. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/Tijerino07.htm>> Acesso: 19.11.2007.

Esse estado jurídico de inocência é preexistente e intocável, mas não intransponível. Por essa razão deve, nas palavras de Marcelo Nicolás Jaime, ser “*destruído por el Estado para que la imposición de una pena sea legitima*”⁵⁵

Ao iniciar os atos persecutórios, o Estado, inevitavelmente, afeta alguns direitos do indiciado ou acusado. Como exemplos podem ser citados a decretação de prisão temporária, prevista na Lei 7960/89, ou mesmo a prisão preventiva, desde que observadas as hipóteses dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal. Além dessas hipóteses, sempre que, na instrução processual, o juiz indaga as testemunhas a respeito de aspectos da vida pessoal do acusado, de forma reflexa o mesmo invade a esfera de intimidade e privacidade deste.

Assim, não se nega a existência de uma obrigação imposta a todas as pessoas que se encontrem na posição acima, de suportar atos provenientes de órgãos persecutórios e judiciais nocivos a seus direitos constitucionais, sem que isso afete seu estado de inocência.

À parte essas considerações, todo meio de prova, desde que legal e moral, deve ser admitido pelo Julgador. Isso não significa, por óbvio, como já afirmado, que o juiz deve receber toda espécie de prova produzida pela defesa. Mesmo sendo legal e legítima, a prova também deve ser pertinente e útil aos fatos discutidos no processo. Caso contrário, em atenção ao princípio da objetividade processual, cabe ao juiz rejeitá-la, inclusive determinando sua retirada dos autos do processo, no que diz respeito à prova impertinente, e, por fim, simplesmente desconsiderá-la, no que diz respeito à prova inútil.

Espera-se, ainda, do réu que ao produzir a prova, o faça de forma a efetivar o controle de sua legalidade, vez que estas não podem ser produzidas e apresentadas por qualquer modo, sob pena de invalidade ou ineficácia. O exame do corpo de delito, por exemplo, deve ser efetivado na forma prevista no Código de Processo Penal (artigos 158 a 184), sendo que a eventual alteração em sua forma de produção, desde que acarrete prejuízos para a defesa, deve redundar em sua anulação. Da mesma forma os demais meios de prova previstos em lei – confissão, perguntas ao ofendido, testemunhos,

⁵⁵ Marcelo Nicolas Jaime, *La intromisión estatal en la esfera de intimidad de las personas...* p.167.

interrogatório etc. – devem ser efetivados na forma legalmente prevista, preservando-se o acusado e sua defesa de eventuais falhas que redundem em seu prejuízo.

Evidente que, se a prova for efetivada sem observância restrita à lei, mas de modo que não cause prejuízos à defesa – ou à acusação – não cabe declarar sua ineficácia, uma vez que mesmo de forma oblíqua, o escopo de sua produção foi alcançado. Aliás, não se discute que no processo penal configura dogma, em tema de nulidade, que não se declara esta se do ato praticado não resulta prejuízo para qualquer das partes.

Finalmente, uma vez apresentada e recebida a prova, compete ao réu o direito de discutir seu conteúdo, podendo analisá-la e apresentar seus pormenores ao juízo ou, ainda, refutando-a, segundo as conveniências da defesa.

2. PROVAS ILÍCITAS.

2.1. CONCEITO E INTRODUÇÃO

A expressão prova ilícita ainda provoca polêmicas na doutrina e encontra interpretações diversas nos tribunais. De modo simplório pode ser definida como a prova adquirida com violação aos direitos fundamentais do indivíduo e, em consequência, ao ordenamento jurídico. A prova ilícita é espécie do gênero prova proibida, do qual também deriva a espécie prova ilegítima.

Enquanto a prova ilícita configura naquela colhida fora do processo em condições que afrontem aspectos constitucionais protegidos do indivíduo, as provas ilegítimas consistem naquelas que, mesmo adequadamente coletadas, são incorporadas ao processo sem observância de regras derivadas do devido processo legal.

Francisco Muñoz Conde explica que a proibição das provas ilícitas no processo penal encontra-se histórica e intimamente vinculada à proscrição da tortura.⁵⁶ Lembra que, apesar da vigência de regras universalmente reconhecidas de proibição de tais meios de provas, não são raros os exemplos de sua utilização mesmo em nações de elevado índice de desenvolvimento. Cita, como exemplo de sua lição, decisão – atualmente revogada - da Corte Suprema israelense que considerou, em 1996, que *certo grau de violência* seria admissível contra palestinos suspeitos de prática de terrorismo.⁵⁷

⁵⁶ Em nosso sistema constitucional, a proibição da tortura é prevista no artigo 5º, inciso XLIII, que a considera crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. No sistema infraconstitucional, o artigo 1º, inciso I, alínea *a* da Lei 9455/97, proíbe a prática da denominada tortura-prova, ou seja, aquela cujo fim seja o de “obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”

⁵⁷ Por sua importância doutrinária, importa transcrever o texto de Francisco Muñoz Conde, quando trata do assunto. Assim, explica o professor que “*la prohibición de valorar en un proceso penal determinados medios de prueba de los hechos que se juzgan, cuando estas pruebas se han obtenido mediante la violación de derechos humanos fundamentales está, pues, íntima e paralelamente vinculada a la proscripción de la tortura, y es un principio jurídico fácilmente constatable tanto en*

No direito brasileiro, de qualquer modo, o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, põe fim a qualquer controvérsia a respeito da validade das provas ilicitamente colhidas, ao afirmar, taxativamente, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Esse dispositivo compreende, como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, através de voto do Ministro Celso de Mello, expressiva conquista daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, uma vez que o ordenamento constitucional pátrio hostiliza as provas ilegítimas e as provas ilícitas.⁵⁸ Ada Pellegrini Grinover sustenta que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada pelos juízes e tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade.⁵⁹

Em nosso sistema, vale lembrar que a Constituição vigente trata de aspectos como liberdades públicas e direitos fundamentais de forma mais abrangente que as anteriores. Assim, a Carta Magna resguarda, em seu artigo 5º, os direitos da pessoa à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (inciso X); inviolabilidade do domicílio (inciso XI); inviolabilidade das comunicações em geral e de seus dados⁶⁰ (inciso XII); inviolabilidade da manifestação de pensamento (inciso IV); da liberdade espiritual (inciso VI).

*las constituciones y leyes procesales penales de todos los países civilizados, como en las declaraciones universales de derechos humanos. También los índices de jurisprudencia están repletos de decisiones de tribunales, tanto nacionales como internacionales, en las que se anulan o no se valoran pruebas obtenidas mediante torturas o malos tratos de los acusados, lo que demuestra que a pesar de la vigencia jurídica universal de la proscripción de la tortura, ésta sigue siendo una práctica más o menos habitual en la indagación policial en muchos países. Es más, incluso el Tribunal Supremo israelí consideró en 1996 que “un cierto grado de violencia” era admisible contra los sospechosos de terrorismo; y aún está por verse lo que decide la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la situación de los presos de guerra afganos en la base militar norteamericana de Guantánamo [nota: a esse respeito, vale lembrar que em junho de 2006 a Corte Suprema dos Estados Unidos declarou inconstitucional os tribunais militares especiais criados para julgar os presos de Guantánamo].” In *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, p.25.*

⁵⁸ STF, AP 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão.

⁵⁹ Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 62.

⁶⁰ Segundo Marco Antônio de Barros. *A busca da verdade no processo penal*, p. 227, “dado, no singular, é um informe. Dados, no plural, são os registros sobre atos efetuados por uma pessoa, natural ou jurídica, ou sobre fatos a ela relacionados, envolvendo informes pessoais acerca do seu estado civil e familiar, sobre a sua formação cultural e profissional, sobre a sua condição financeira e patrimonial. (...) Para efeito da proteção estabelecida pelo legislador constitucional, ‘dados’ são as informações reunidas em forma de registro, geralmente constante de um arquivo.” Observa, por fim, o autor, “que não é toda e qualquer informação que goza dessa proteção, mas somente o dado que representar uma informação de natureza pessoal, ou seja, informação sobre a pessoa e tudo aquilo que ela reunir no seu

Não é só: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), que integra o sistema constitucional brasileiro, uma vez ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, consagra o respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, dispondo, ainda, que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”, assegurando a todas as pessoas o direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas (arts. 9 e 11).⁶¹

Assim, a atividade dos órgãos oficiais, na busca da solução dos crimes, esbarra, algumas vezes, naquilo que se denomina resguardo das liberdades públicas e direitos fundamentais do indivíduo, razão pela qual faz-se necessário fixar limites à busca da prova na persecução penal, isto é, “proibir a produção de provas colhidas com infringência de normas ou princípios de direito material, em especial os que asseguram a inviolabilidade da privacidade do cidadão”.⁶²

Essa afirmação destaca o grave dilema experimentado por aqueles que estudam o tema das provas ilícitas. Fala-se, aqui, no antagonismo referente a dois dos interesses fundamentais das sociedades modernas. Por um lado, o direito do Estado em investigar e descobrir a verdade dos fatos ocorridos em seu âmbito e garantir a efetividade da aplicação da lei material. Por outro, o dever desse mesmo Estado de assegurar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, os quais não podem ser violados sob pretexto de realização de investigações criminais. Tal questão remete ainda a aspectos como ética e legitimidade moral na formação da prova, uma vez que esta deve, essencialmente, observar o respeito à dignidade do investigando, em especial naquilo que diga respeito à sua privacidade e intimidade, bem como e especialmente, respeito à intimidade e privacidade das pessoas que o cercam (ex.: familiares, empregados, amigos etc.) e sobre os quais nenhuma suspeita de prática criminosa exista.

contexto de intimidade. Aí o nexó que identifica a inviolabilidade declarada pela Constituição Federal.”

⁶¹ Segundo Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 210, “o instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. Esta Convenção foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Apenas Estados membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana.”

⁶² Luiz Renato Telles Otaviano. *Aspectos relevantes sobre as provas ilícitas na doutrina e jurisprudência do direito brasileiro*, p. 375/6.

2.2. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS.

Não há uniformidade na doutrina quanto a aspectos de classificação das provas ilícitas, especialmente porque poucas variações são aceitas em relação a esse tema. Com efeito, o mesmo é tratado adequadamente como dogma pelos tribunais superiores brasileiros. De qualquer modo, os métodos de classificação são válidos, vez que auxiliam na esquematização da matéria e permitem uma melhor análise por parte daqueles que se debruçam sobre o assunto.

É possível classificar a prova ilícita da seguinte forma:

2.2.1 Quanto à amplitude.

No que concerne à sua amplitude, a prova ilícita pode analisada em sentido amplo ou sentido estrito.

Em sentido amplo considera-se prova ilícita aquela que viola diretamente a dignidade humana. Prioriza-se, aqui, a dignidade da pessoa como ponto central limitador da produção probatória. Toda prova que, de algum modo, atente contra a dignidade do ser humano será considerada ilícita e, via de consequência, inadmissível no processo judicial.

A partir do pressuposto da necessária preservação da dignidade do ser humano, toda prova contrária ao direito ou obtida com violação do ordenamento jurídico será ilícita.

Por seu turno, sob critério restrito, provas ilícitas seriam as obtidas com violação a direitos ou garantias constitucionais, entendidas como tais apenas aquelas que constam dos textos constitucionais, expressa ou implicitamente.⁶³

⁶³ Essa é a lição que se depreende de Marcelo Sebastián Midón, para quem prova ilícita em sentido estrito consiste naquela “[...] obtenida o puesta en práctica desde lá violación de derechos o garantías fundamentales, entendidos por tales sólo aquellos que deriven expresa o implícitamente de los textos constitucionales.” *Pruebas ilícitas*, P. 35.

2.2.2. Quanto à sua essência.

Quanto à essência, é possível mencionar as provas ilícitas propriamente ditas e as provas ilícitas por derivação.

Prova ilícita propriamente dita – ou prova ilícita por si mesma – consiste naquela produzida ou obtida em violação a direitos fundamentais do agente. Nessa hipótese, existe uma relação direta e imediata entre a prova contaminada e as garantias do indivíduo. Assim o é a prova obtida por meio de tortura física ou psicológica (artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal) assim como a prova coletada através de injustificada violação a preceitos de intimidade, privacidade, honra ou imagem da pessoa (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal).

A prova ilícita por derivação, por outro lado, consiste naquela lícita e apta a demonstrar as circunstâncias fáticas do delito. A mesma, isoladamente, é lícita, mas decorrente de outra prova, esta ilícita.

Essa espécie de prova ilícita foi denominada pela Suprema Corte americana de *fruits of the poisonous tree*, ou seja, o vício da árvore transmite-se a seus frutos. Exemplo de prova viciada na origem seria a decorrente de escuta clandestina e ilegal, através da qual a autoridade policial toma conhecimento do dia, hora e local de um carregamento de drogas. A partir desta informação, solicita um mandado judicial para apreensão da droga e prisão dos autores.

2.2.3. Quanto ao objeto.

Em relação ao objeto, a prova divide-se em prova ilícita material e prova ilícita testemunhal.

A prova ilícita material significa, nas palavras de Marcelo Sebastián Midón, em todo:

[...] elemento físico o corporal que viene a ser, directa o indirectamente, recogido. Así por ejemplo, los estupefacientes, el botín o la res furtiva hallados en el domicilio del imputado al cabo de un allanamiento ilegítimo; la cinta magnetofónica adquirida a través de una intervención clandestina de comunicaciones telefónicas, etcétera.⁶⁴

Prova ilícita testemunhal, por sua vez, é aquela proveniente dos depoimentos prestados na fase da investigação ou em juízo. Exemplo dessa espécie de prova é a denominada testemunha contaminada, expressão que indica a testemunha que presta seu depoimento, que acredita ser verdadeiro, mas baseado em impressões e observações viciadas pela ilicitude da prova original.

2.2.4. Quanto ao momento em que é produzida a ilicitude.

Miranda Estrampes explica que, no que pertine ao momento em que a prova ilícita é produzida, esta se divide em ilicitude extraprocessual e ilicitude intraprocessual.⁶⁵

A *ilicitude extraprocessual*, por óbvio, é aquela produzida no momento da coleta ou busca das fontes de prova e consiste na imensa maioria dos casos de ilicitude probatória, situando-se na fase da investigação policial.

A *ilicitude intraprocessual* atinge diretamente o ato processual, afetando a proposição, admissão ou prática da prova durante o curso do processo, como, a título de exemplo, eventual prática de interrogatório judicial no qual a autoridade julgadora utilize de coação psicológica contra o réu.

2.3. A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO: TEORIAS.

⁶⁴ Ob. cit., p. 39

⁶⁵ Manuel Miranda Estrampes. *El concepto de prueba ilícita...*, p. 26/28.

Aborda-se, aqui, um dos temas que mais controvérsias provoca no processo penal moderno. Afinal, qual postura deve ser adotada, pela autoridade julgadora, diante de uma prova essencial à elucidação de um delito, mas cuja coleta tenha se dado por modo ilícito e violador de direitos e garantias constitucionais do indivíduo?

Parafraseando a professora da Universidade de São Paulo e atual Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Theresa Rocha de Assis Moura,⁶⁶ importa fazer a seguinte indagação: seria possível admitir uma prova relevante e pertinente ao processo, a qual poderia levar à descoberta da verdade real, mesmo tendo ela sido colhida com violação à norma material? E se, ao contrário, se admitisse a produção e valoração dessa prova, face à sua relevância e utilidade, mas punindo, pelo ilícito – seja ilícito civil, penal ou administrativo – praticado, o agente que a tenha obtido de forma ilícita? Ou seria considerado mais adequado simplesmente rejeitar a apreciação de tal espécie de prova?

A seguir, as principais teorias que abordam o assunto:

2.3.1. Posição favorável à admissibilidade e eficácia da prova ilícita.

Aqueles que defendem a admissibilidade da prova ilícita no processo o fazem com um argumento decisivo, isto é, a proclamação da busca da verdade real como fim do processo penal. Desse modo, tudo aquilo que possa ser utilizado para o descobrimento da verdade real deve ser valorado pelo juiz na formação de sua convicção.⁶⁷

Os adeptos de tal teoria consideram irrelevante, para fins processuais, a forma como foi obtida a prova, uma vez que, se considerada ilegal, acarreta como efeito unicamente a submissão de seus responsáveis a sanções de cunho penal, civil ou administrativo que possam ser impostas àqueles que obtiveram tais provas com violação

⁶⁶ Maria Theresa Rocha de Assis Moura, *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Texto disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0013.html>>, acesso em 15.02.2003.

⁶⁷ Manuel Miranda Estrampes. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, p. 51

a direito material. Assim, a busca da verdade real como fim inescapável do processo serviria como justificativa para a utilização de qualquer espécie de prova.

Além disso, os defensores da admissibilidade da prova ilícita no processo ainda se utilizam de outro argumento para tanto. Referem ao princípio da livre convicção do juiz na valoração das provas. Assim, dentro de tal conceito, existindo a prova e sendo ela pertinente e útil, cabe ao juiz decidir pela utilização ou não da mesma no julgamento do fato.

Não se nega que, nesse último caso, há uma inquestionável subversão do real significado do princípio do livre convencimento, uma vez que liberdade de apreciação da prova não pode ser confundida com liberdade de utilização da prova.⁶⁸

Fernando de Almeida Pedroso, em instigante obra, adota posição no sentido da admissibilidade da prova ilícita no processo, aplicando-se a punição adequada àquele que a tenha obtido. São suas as seguintes expressões:

[...] se ilícita emergir a obtenção de determinada prova e se ela trouxer a descortinado a verdade real, merece ser aceita quanto a seu conteúdo, havendo instaurar-se, entretanto, contra aqueles que a obtiveram ilicitamente, a devida *persecutio criminis*, diante da infração de disposições penais e pela violação dos direitos do réu. É a aplicação da doutrina do *male captum, bene retentum*.⁶⁹

A propósito, afirmaram, os Ministros Barros Monteiro e Cunha Gonçalves, que a finalidade do juiz, no processo, é julgar, julgar com as provas que tem, e não verificar a licitude ou legalidade da prova, não lhe competindo investigar se elas foram bem ou mal

⁶⁸ Adverte Roberto de Rezende Junqueira, *Do livre convencimento do juiz e seus poderes na aplicação da pena*, p. 245, que “(...) a certeza moral do juiz pode ser discricionária, pessoal e particular, mas nem por isso, ao fundamentá-la, pode este fugir das regras técnicas e basear-se na prova ilegal, viciosa, violentada ou insuficiente. Livre convencimento não vai ao extremo de admitir-se em juízo o que é ilegal, passível de dúvida ou vicioso. Ou o juiz declara na sentença a vontade da lei pela lei ou a liberdade é simples quimera para ilustrar sonhos e poesias.”

⁶⁹ Expressão utilizada por Franco Cordero, processualista penal de Turim. Significa que, o que foi mal colhido no momento material (*male captum*) foi bem conservado no momento processual (*bene retentum*).

adquiridas, posto seja essa investigação estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais.⁷⁰

Como defensores de tal pensamento, Torquato Avólio menciona os juristas alemães Schonke, para quem o interesse da coletividade prevalece sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; e Guasp, o qual reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções pertinentes aos responsáveis. Dentre os norte-americanos, Fleming não admitia a rejeição da prova ilicitamente adquirida, afirmando que a mesma não poderia ser desconsiderada.⁷¹

Marcelo Sebastián Midón, em excelente obra a respeito das provas ilícitas,⁷² especifica os argumentos usual e genericamente utilizados pelos doutrinadores como justificativa para adoção das provas ilicitamente colhidas. Menciona os seguintes, ora genericamente transcritos:

I – a busca da verdade justifica o emprego de qualquer meio, pois aquela (a verdade) é indispensável para que se alcance o fim próprio da defesa social.

II – a exclusão probatória paralisa a ação da justiça, ou seja, a regra de exclusão apenas entorpece a ação da justiça, dificultando a investigação e repressão do crime.

III – o delito cometido pelo investigador não converte em lícito o delito investigado, isto é, eventual prova ilicitamente colhida não faz com que desapareça uma realidade tangível: a existência de material probatório que demonstre a responsabilidade do investigando pelo ilícito. E, finalmente,

IV – O alto custo social da exclusão, o que limitaria a eficácia das normas de combate à criminalidade e permitiria que a prática delituosa rendesse injustificados benefícios ao criminoso.

Óbvio que esses posicionamentos não podem mais encontrar eco no moderno processo penal garantista.⁷³ Com efeito, o tema referente à licitude da prova não deve

⁷⁰ Fernando de Almeida Pedroso, *Processo penal. O direito de defesa...*, p. 389/390.

⁷¹ Luiz Francisco Torquato Avólio. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 45/46.

⁷² Marcelo Sebastián Midón, *Pruebas ilícitas*, págs. 74 e segs.

⁷³ Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 74/75, alinhava os dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais do garantismo penal. Segundo o professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino, Itália, são os seguintes: “1-) *Nulla poena sine crimine*, o qual corresponde ao princípio da *retributividade* ou

ser resumido a mera questão de sua valoração por parte do juiz, mas como antecedente lógico para sua apreciação.⁷⁴ Sendo lícita, a prova deve ser valorada. Sendo ilícita, veda-se tal valoração (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). De mais a mais, é prudente que se trate de forma relativa a dependência da verdade dos fatos em relação à prova, uma vez que a finalidade desta não é, primordialmente, a busca da verdade real, mas o convencimento do julgador a respeito dos fatos e circunstâncias alegados no processo, para que, a partir de tal convencimento, o julgador possa formar sua convicção da verdade presente ou possível.

Assim, vincular-se a prova à busca da verdade real consiste em afirmação equivocada, uma vez que, apesar de ambas – prova e verdade real - encontrarem limites nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a prova não passa de mero instrumento através do qual o direito se vale para reproduzir a verdade, e não como fim em si mesmo do processo penal.⁷⁵

da consensualidade da pena em relação ao delito; 2-) *Nullum crimen sine lege*, traduzido no princípio da *legalidade*, em sentido lato ou estrito; 3-) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, referente ao princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4-) *Nulla necessitas sine injuria*, correspondente ao princípio da *lesividade* ou da *ofensividade* do evento; 5-) *Nulla injuria sine actione*, referente ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6-) *Nulla actio sine culpa*, que trata do princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7-) *Nulla culpa sine judicio*, ou princípio da jurisdicionalidade, também em seu sentido lato ou estrito; 8-) *Nullum iudicium sine accusatione*, traduzido no princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9-) *Nulla accusatio sine probatione*, que diz respeito ao princípio do ônus da prova ou da verificação; e, finalmente, 10-) *Nulla probatio sine defensione*, ou princípio do contraditório ou da defesa. Conclui afirmando que os dez princípios acima, ordenados e conectados um ao outro, se encontram incorporados às Constituições e codificações dos ordenamentos processuais penais mais desenvolvidos, convertendo-se em princípios jurídicos do moderno *Estado de direito*.”

⁷⁴ Miranda Estrampes, ob. cit., p. 53.

⁷⁵ Marco Antônio de Barros, ob. cit., p. 112-114. Vale a pena transcrever a lição do referido professor e doutor em processo penal: “Durante muito tempo prevaleceu, no meio doutrinário mais tradicional, o entendimento de que a prova tem como finalidade suprema e substancial a verificação da verdade. Por isso, a prova foi equiparada a um meio com que a verdade consegue atingir o espírito do julgador, sendo ela a única que pode nele gerar, legitimamente, a convicção racional da criminalidade. Mas esse posicionamento já não mais convence a doutrina moderna. Cresce atualmente o entendimento doutrinário no sentido de se ter incorrido em grande confusão no passado, notadamente ao assinalar-se a verdade como finalidade essencial da prova processual, visto que tal concepção traslada ao âmbito do Direito processual todos aqueles problemas de natureza filosófica que se plantam em torno do conceito de verdade. Sendo forçoso reconhecer que nem sempre se consegue atingir a verdade em seu sentido filosófico, a finalidade da prova passa então a ser predominantemente examinada sob o prisma da formação da convicção do julgador sobre a exatidão das afirmações formuladas pelas partes no processo. Analisando sob outro ângulo, em regra, somente o que está provado pode ser tido como verdadeiro. Ou por outras palavras: é por meio das provas que se reproduz a verdade no processo. Esta, sem aquelas não vinga, é nada, é um vazio. Bem por isso, Rogério Lauria Tucci preleciona que a *prova judiciária* é realizada no sentido da demonstração, ao órgão jurisdicional, da verdade de um dos fatos afirmados pelas partes (sentido objetivo). E tal se dá para que o julgador se convença de sua correspondência com a realidade, isto é, para que se forme em seu espírito a convicção da verdade de tais fatos (sentido subjetivo).”

2.3.2. Posição contrária à admissibilidade e eficácia da prova ilícita

Face à evolução da doutrina processual penal atual é possível afirmar estar solidificada a opinião que garante a imprestabilidade das provas obtidas ou produzidas com violação dos direitos fundamentais do indivíduo. Aqueles que defendem a admissibilidade das provas ilicitamente coletadas no processo penal baseiam-se enormemente em critérios como o da busca da verdade real, o qual se mostra desatualizado diante da moderna doutrina garantista.

A proibição constitucional à utilização das provas ilícitas no processo atua como forma de controle da atividade estatal na investigação de crimes. A partir do momento em que a Constituição Federal determinou a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI), produziu como consequência a retirada da eficácia jurídica de qualquer ato de tal modo produzido. Decorrência disso passou a ser a ausência de interesse por parte dos órgãos estatais na obtenção de provas que, de algum modo, possam violar o *status dignitatis* do investigando. Vives Antón, citado por Miranda Estrampes, sustenta que somente a verdade obtida com respeito às regras básicas constituídas pelos direitos fundamentais pode ser considerada como juridicamente válida.⁷⁶

Em interessante obra sobre o instituto da verdade no processo penal, José Osterno Campos de Araújo sustenta que “a verdade real ou material, antes de ser um dogma, é um mito”, vez que condicionada às limitações e falibilidade do ser humano. Conclui, mencionado autor, pela:

[...] imprestabilidade do critério da verdade real, tida como correspondência irrestrita aos fatos, mesmo porque hipóteses há em que valores outros de maior relevância, como a dignidade humana, a licitude dos meios probatórios, a vedação da revisão criminal *pro societate* etc., findam por afastar, como solução de justiça, dita verdade real do processo penal, abrindo-se ensejo, pois, a uma verdade processualmente válida. 4. Resta, pois, ao processo uma verdade processual, tendente à verdade dos fatos, a cuja aproximação se volta,

⁷⁶ Miranda Estrampes, ob. cit., p. 54.

o mais possível, para o alcance do necessário teor de justiça dos decisórios. [...] ⁷⁷

Um dos argumentos utilizados por aqueles que rechaçam a possibilidade de inclusão de provas ilícitas no processo diz respeito ao princípio constitucional do *due process of law* (artigo 5º, LIV), o qual garante à pessoa do acusado proteção contra práticas abusivas do Poder Público. Grosso modo, o princípio do devido processo legal assegura ao acusado não ser privado de sua liberdade ou seus bens sem que se submeta a um processo instaurado e julgado conforme a norma legal vigente.

Como desdobramento deste princípio, o acusado processado tem o indeclinável direito de não ser denunciado, não ser julgado nem condenado com base em provas obtidas ou produzidas de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento constitucional ao poder persecutório e investigativo do Estado (provas ilícitas). ⁷⁸

Ada Pellegrini Grinover, que repudia a aplicação do princípio da proporcionalidade, no que se refere à aceitação de provas ilícitas no processo, oferece a seguinte lição a respeito do assunto:

[...] A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil. [...] Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norteamericano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do

⁷⁷ José Osterno Campos de Araújo, *Verdade processual penal...*, p. 155.

⁷⁸ STF, Ação Penal n. 307-3/DF, DJU 10.5.96, rel. Min. Ilmar Galvão.; RE n. 251.445, rel. Min. Celso de Mello.

direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: [...] sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como se invocar o princípio da proporcionalidade [...].⁷⁹

Dentro deste raciocínio é o entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem:

[...] a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.⁸⁰

Obviamente, não parece ser possível aproveitar provas judiciais obtidas com fraude às garantias constitucionais, pois redundaria em explícita violação aos princípios do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e da vedação à prova ilícita (artigo 5º, inciso LVI). Sob outro aspecto, a busca da verdade deve partir do estado da presunção de inocência do acusado ou investigado (artigo 5º, inciso LVII), soando estranho, no atual estágio de desenvolvimento humano e social que essa verdade seja baseada em provas ilicitamente colhidas.

2.3.3. Sobre a proporcionalidade ou juízo de ponderação

⁷⁹ Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 151.

⁸⁰ Referida citação foi extraída de acórdão proferido pelo Min. Celso de Mello, no RE n. 251.445, Informativo STF n. 197, transcrições.

A posição atualmente dominante é a da não admissão das provas colhidas com violação a direitos fundamentais do indivíduo, conforme preconiza o artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna. Tal entendimento prioriza efetivamente os aspectos referentes à dignidade do investigando em detrimento da descoberta da verdade real.

Hipóteses há, entretanto, em que se depara com a necessidade de se adotar postura intermediária entre aqueles que sustentam a admissibilidade das provas ilícitas e os que mantêm uma posição contrária à sua admissão no processo penal. Debate-se atualmente teoria segundo a qual a solução dependerá, em cada caso concreto, da importância da norma violada, a qual deverá ser analisada em função dos diversos interesses em conflito mediante um juízo de proporcionalidade ou ponderação de valores, determinando-se, assim, qual dos princípios deverá prevalecer.⁸¹

Para Nelson Nery Júnior, a proporcionalidade significa que

[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.⁸²

Tal tendência de ponderação de valores ou proporcionalidade⁸³ admite como inconstitucional a prova colhida com violação a direitos fundamentais do indivíduo.

⁸¹ Raquel Denise Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 41 e segs. trata de forma elucidativa a respeito da distinção que se faz entre *princípios* e *regras constitucionais*. Segundo palavras da autora, com suporte em Canotilho, “os princípios possuem um grau de abstração relativamente maior que as regras e, pode-se dizer, inversamente proporcional a sua determinabilidade a uma aplicação ao caso concreto. (...) A operacionalidade do direito constitucional deve considerar a existência de dois níveis de normas constitucionais: o nível dos princípios e o nível das regras. O primeiro nível ‘pode ser chamado um mundo do *dever ser ideal*. Quando se tem de passar do amplo mundo do *dever ser ideal* ao estreito mundo do *dever ser definitivo ou real*, produzem-se colisões’, que tornam ‘inevitável sopesar princípios contrapostos’ (Alexy, 1993, p. 133). Ponderar princípios contrapostos implica em ‘estabelecer relações de preferências’ (ibidem). No segundo nível, o das regras, acham-se os princípios positivados. As regras, além das ‘garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm determinações com relação às exigências de princípios contrapostos.’ O grau de determinabilidade não é absoluto, exigindo sempre, por ocasião de uma decisão, ponderação. O pressuposto de ponderação advém do grau de concreção não definitivo para a solução do problema, necessitando de um recurso ao nível dos princípios”.

⁸² *Apud* Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0013.html>>, acesso em 15.2.2003.

⁸³ Adalberto de Camargo Aranha, *apud* Luciana Fregadolli. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 193, prefere denominar tal teoria como a do *interesse preponderante*. Segundo suas palavras, “(...) e,

Seus defensores, no entanto, aceitam atenuar referida proibição, admitindo a inserção da prova viciada no processo, em hipóteses excepcionais, e desde que sua admissibilidade esteja caracterizada como a única forma razoável e adequada para proteção de outras garantias fundamentais que, confrontadas com o direito violado, mostrem-se mais urgentes na avaliação concreta do caso.

Conforme Raquel Denize Stumm, em obra que já se tornou clássica no direito brasileiro,

[...] o método da ponderação de bens é utilizado para solucionar o conflito gerado entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entrem em rota de colisão, constatada no caso concreto. A imprecisão na delimitação do conteúdo normativo de direitos com natureza principal impõe que o peso desses direitos envolvidos no conflito seja valorado casuisticamente.⁸⁴

2.4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU PONDERAÇÃO DE VALORES

A respeito a eventual aproveitamento de provas ilícitas no processo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se revelado inflexível, não admitindo a inserção de tal espécie de provas no processo penal. Com esse entendimento, a Corte Suprema adota em sua inteireza o disposto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, em que pese preconizar, por vários de seus julgados, que nenhum dos direitos fundamentais do indivíduo, insculpidos na Constituição, possui caráter absoluto.

Em eficiente análise sobre a adoção da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, Suzana de Toledo Barros, em obra que se tornou referência no direito nacional, explica que a Corte vem adotando, paulatinamente, o princípio da proporcionalidade como razão de julgamento de diversas demandas. São suas as palavras:

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

⁸⁴ Raquel Denise Stumm, ob. cit., p. 86

A Corte brasileira competente para julgar em última instância as causas em que há lesão à Constituição vem, aos poucos, abrindo caminho para a recepção do princípio da proporcionalidade na latitude com que os Tribunais Constitucionais europeus, o TEDH⁸⁵ e a Suprema Corte americana o admitem. Contudo o processo é lento, refletindo a falta de sistematização da matéria e a ausência de uma dogmática jurídica acerca dos direitos fundamentais.⁸⁶

No entanto, como será demonstrado a seguir, no que respeita particularmente à adoção de provas ilícitas no processo penal, o Supremo Tribunal ainda se mantém impassível, não admitindo a apreciação de tais provas.

Assim, no julgamento do RE 251.445,⁸⁷ o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inviabilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade em hipóteses de condenação baseada em provas ilícitas. Tratava-se de caso em que foram encontradas fotografias que constituem prova material do crime tipificado no artigo 241 da Lei 8.069/90.⁸⁸ Mencionadas fotos foram furtadas do domicílio profissional do réu por um menor que, em seguida, tentou extorquir-lhe dinheiro em troca da devolução do material. No caso, a autoridade policial apenas teve acesso ao material que incriminava o réu após tê-lo apreendido em poder do referido menor.

Nesse julgado, o Supremo, mantendo posicionamento conservador, optou por repelir inteiramente a aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo o relator, Ministro Celso de Mello, o Ministério Público possui o ônus de comprovar, sempre de modo lícito, os fatos constitutivos sobre os quais repousa a pretensão punitiva do Estado, uma vez que, ainda segundo o relator, o ordenamento constitucional brasileiro não permite a ninguém ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em

⁸⁵ Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

⁸⁶ Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 105.

⁸⁷ Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.6.2000, Informativo STF n. 197, Seção Transcrições.

⁸⁸ Referido dispositivo, na redação original do art. 241 da Lei 8069/90, vigente à época do julgamento da causa, estabelecia ser crime “Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” Esse artigo foi alterado pela Lei n. 10.764, de 12.11.2003, passando a ter a seguinte redação: “**Art. 241.** Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: **Pena** - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

provas ilícitas, as quais, no âmbito do processo penal, se mostram inidôneas e imprestáveis, não possuindo qualquer grau de eficácia jurídica.

A partir de tal argumento, o Supremo rejeita a aplicação da teoria da proporcionalidade, sob a justificativa de que esta propicia a aplicação, pelo órgão julgador, de critérios subjetivos na avaliação das provas, fugindo, assim, dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana, garantidos pela Carta Constitucional.⁸⁹

Em julgado posterior, prolatado em outubro de 2001, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte Suprema manteve o mesmo posicionamento, fazendo-o no seguinte sentido:

⁸⁹ Vale a pena transcrever trechos da referida decisão, especialmente por que a mesma sintetiza o posicionamento do STF em relação à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, mesmo diante do *princípio da proporcionalidade*: "(...) A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. (...) Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade." (grifei) Essa mesma orientação é registrada por Vânia Siciliano Aieta ("A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), que, embora destacando a possibilidade de incidência excepcional do princípio da proporcionalidade em situações extraordinárias que exijam a preservação do equilíbrio entre valores fundamentais em antagonismo (como ocorre, por exemplo, no caso de interceptação telefônica, judicialmente não autorizada, das negociações entre seqüestradores e familiares da vítima, com o conhecimento destes últimos: RTJ 163/759, Rel. Min. Octavio Gallotti), reconhece que "Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais" (grifei). Por isso mesmo, assume inegável relevo, na repulsa à "crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria", a advertência de Luis Roberto Barroso, que, em texto escrito com a colaboração de Ana Paula De Barcellos ("A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" in RDA 213/149-163), rejeita qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade: "O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas."

[...] 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz das teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação [...].⁹⁰

No corpo de tal julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence, de forma acadêmica e elucidativa, explicitou os motivos pelos quais o Supremo Tribunal Federal não acata a doutrina da proporcionalidade no que diz respeito a inserção de provas ilícitas no processo penal.

Apesar de longa, vale a pena a transcrição do mencionado julgado, através do qual a Suprema Corte apresenta as razões pelas quais recusa-se a adotar a teoria da proporcionalidade, no que pertine as provas ilícitas. Segue a transcrição:

[...] 14. Pelos últimos, valha por todos a lição, na doutrina alemã, de Amelung - colacionada por Costa Andrade - segundo a qual 'o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, 'o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar'. 15. Testemunham os doutores a prevalência hodierna da tese da proscrição da admissibilidade processual da prova ilícita. 16. Mas a questão, sobretudo nos casos limites, ainda provoca

⁹⁰ HC n. 80949-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJU 14-12-2001, p. 26 e também no informativo STF n. 250, Seção Transcrições.

resistências compreensíveis. 17. E delas advém - quando não a recusa frontal do princípio de exclusão da prova ilícita - o apelo, sempre que se cuide da apuração de crimes graves, à necessidade de temperar a sua aplicação, em cada caso, à luz do princípio da proporcionalidade. 18. Apelo esse frequentemente enriquecido com a invocação de parte significativa da doutrina e da jurisprudência alemãs, minudentemente resenhadas por Costa Andrade. 19. Na questão, entretanto - como em tantas outras - a recepção desavisada de teorias jurídicas estrangeiras é extremamente perigosa, pela diversidade dos dados dogmáticos de que partem, em relação ao nosso ordenamento. 20. Basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluídos da Lei Fundamental, a exemplo daquele da dignidade da pessoa humana. 21. Na ordem constitucional brasileira, ao contrário - inspirada no ponto pelo art. 32, 6, da Constituição portuguesa -, a opção pelo repúdio à prova ilícita é inequívoca: 'Art. 5º [...] LVI. São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.' 22. Guarda da Constituição - e não dos presídios - é dessa opção clara, inequívoca, eloquente, da Constituição - da fidelidade à qual advém a nossa própria legitimidade - é que há de partir o Supremo Tribunal Federal. 23. Ora, até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência. 24. Esse o quadro constitucional, não tem mais lugar a nostalgia, embora inconsciente, do dogma vetusto das inquisições medievais, para as quais *'in atrocissimus leviores*

conjecturae sufficiunt et licent judiciura transgredi'. 25. Certo, a Constituição reservou a determinados crimes particular severidade repressiva (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

A disposição do Supremo Tribunal Federal em banir do processo penal qualquer indício de instrução processual baseada em provas ilícitas já se manifestava mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988. No Recurso em Habeas Corpus n. 63.834-SP,⁹¹ a Corte já havia decidido que “os meios de provas ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal”. Tratava-se, nessa hipótese, de provas produzidas mediante gravações clandestinas de áudio, as quais, segundo o relator designado para o acórdão, Ministro Célio Borja, afrontavam não só o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações, previsto no art. 153, § 9º da CF de 1967, como também o princípio do contraditório.

Como se observa, é pacífico o entendimento da Suprema Corte no sentido de não se admitir, em qualquer hipótese, a inserção de provas ilícitas no processo penal, atendendo determinação constante do artigo 5º, inciso LVI da Constituição. Via de consequência, em face de tal postura recheada de dogmatismo, o Supremo Tribunal rejeita a aplicação do princípio da proporcionalidade na avaliação das provas penais,⁹² assumindo integralmente a postura preconizada pelo legislador constituinte, o qual optou em favor do princípio da inadmissibilidade, no processo penal, de provas ilicitamente obtidas, não oportunizando ao julgador, em nenhuma hipótese, a possibilidade de produzir qualquer juízo de ponderação ou prevalência de valores⁹³ no que diz respeito às provas ilícitas.

2.5. PROVAS DERIVADAS DE PROVAS ILÍCITAS

⁹¹ RHC n. 63.834-SP, rel. Min. Célio Borja.

⁹² O Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, teve oportunidade de adotar posicionamento diverso, acolhendo a aplicação da *Doutrina da Proporcionalidade* em matéria referente à provas ilícitas. Assim segundo julgado da lavra do Min. Edson Vidigal, “A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso o direito à intimidade” (STJ – RHC – Rel. Min. Edson Vidigal – j. 28.4.1998 – RT 755/580).

⁹³ André Dias Fernandes. A inadmissibilidade de provas ilícitas e a suposta inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na visão do STF. *Repertório de Jurisprudência IOB*. 1ª. quinzena de agosto, n. 15, 2002, p. 415.

Como bem lembrado por Luiz Francisco Torquato Avólio, a questão das provas derivadas de provas ilícitas somente se torna relevante naqueles sistemas que consagram a inadmissibilidade processual das provas ilícitas. O assunto pertine àqueles casos em que o elemento probatório foi corretamente coletado, porém, a partir de outra prova, esta sim, obtida por meio ilícito.⁹⁴

A problemática diz respeito, especialmente, ao tema da extensão ou limites da prova ilícita. A esse respeito, não restam maiores dúvidas, uma vez que, o reconhecimento da ilicitude deve alcançar não somente a prova obtida ilicitamente, mas também todas aquelas que, ainda que obtidas licitamente, tenham seu ponto de origem na prova ilícita. É o que se denomina Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine* ou *tainted fruit*), segundo a qual o veneno ou a mancha da árvore se propaga por todos os seus frutos.

Essa doutrina teve sua origem nos Estados Unidos, remontando-se o primeiro caso ao longínquo ano de 1920. Nesse caso (*Silverthorne Lumber v. United States*), a Corte Suprema decidiu que não era lícito intimar uma pessoa para que entregasse à justiça documentos cuja existência havia sido descoberta pela polícia em diligência de busca e apreensão ilegal.

Até então, porém, não se utilizava tal expressão *fruits of the poisonous tree*, a qual foi empregada pela primeira vez em 1939, pelo Juiz Frankfurter,⁹⁵ no caso *Nardone v. United States*, onde se discutia a validade de provas obtidas a partir de gravações de conversas telefônicas do réu.

Para a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada é necessário que o ato probatório subsequente seja caracterizado como decorrência inequívoca do ato viciado antecedente. Caso contrário, não haverá porque se anular a segunda prova. Assim, no julgamento do Habeas corpus número 74.559-SP, da lavra do Ministro Ilmar Galvão,⁹⁶ o Supremo Tribunal Federal entendeu que não caberia anular a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante sido consequência de informação obtida por interceptação telefônica produzida antes da edição da lei número 9.296/96. Ressalte-se que até a edição de tal norma, provas obtidas através de

⁹⁴ Luiz Francisco Torquato Avólio, ob. cit., p. 73.

⁹⁵ Miranda Estrampes, ob. cit., p. 107, nota 216.

⁹⁶ In DJU de 07.21997, p. 1340.

interceptação telefônica, mesmo autorizada judicialmente, eram consideradas ilícitas. Assim, reconheceu a Corte Suprema que, não tendo sido as gravações originárias da interceptação telefônica a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, tendo apenas corroborado com as demais provas – legais – obtidas, não caberia a aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada.⁹⁷

De qualquer modo, a aplicação de tal doutrina deve levar em conta as características de dependência entre o primeiro ato viciado e aquele que o acompanha. Se não houver clara relação entre o primeiro ato de prova viciado e o ato seguinte, não há que se anular a prova legal. Nesse mesmo sentido é a lição conclusiva de López Barja de Quiroga, para quem:

*[...] el problema se encuentra en determinar el carácter de consecuencia del segundo acto o prueba lícitamente obtenida, en relación con el primer acto, que fue ilegal. Es preciso que entre un acto y el otro exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara e rotundamente que el segundo acto es consecuencia del primero. [...]*⁹⁸

Finalmente, haverá uma relação de causa e efeito quando a prova derivada, mesmo sendo considerada como de obtenção lícita, tiver sua origem em informações provenientes de uma outra prova, esta ilícita.

2.6. EXCEÇÕES À TEORIA DAS PROVAS ILÍCITAS

Mesmo diante da doutrina dos frutos da árvore envenenada, a jurisprudência norte-americana vem reconhecendo a existência de exceções ou limites à sua aplicação.

⁹⁷ Em que pese tal decisão da Corte Suprema, denota-se que a questão da teoria dos frutos da árvore envenenada não pode ser considerada como bem resolvida pelo Supremo Tribunal. Prova disso diz respeito a outro julgado, ou seja, o *habeas corpus* n. 69.912/RS (rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 25/03/94, p. 6012) onde, em assunto semelhante, referente a escuta telefônica autorizada antes da edição da Lei 9296/96, a Corte decidiu que “a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-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.

⁹⁸ *apud* Miranda Estrampes, ob. cit., p. 111.

Tal inovação tem em vista o aperfeiçoamento da doutrina dos frutos da árvore envenenada e - em consequência, dos estudos que tratam da prova ilícita - à luz de casos concretos e tendo em vista a necessidade de se fornecer tratamento adequado a situações peculiares que se apresentam cotidianamente aos tribunais. Deste modo, diversas exceções à teoria das provas ilícitas foram engendradas, especialmente por julgadores estadunidenses, as quais dão suporte à validade de provas que, mesmo ilicitamente obtidas, são admitidas no processo penal e atuam como fundamento decisivo para condenação do réu.

Dentre tais inovadoras teorias, as quais contradizem o dogma da invalidade da prova ilícita, encontram-se a da fonte independente (*independent source*); a do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*); a da boa fé; a da tinta diluída (*purged taint*) e a da prova ilícita em benefício do réu. Não se pode, ainda, esquecer, especialmente porque já tratada nesse trabalho, da teoria da proporcionalidade (cf. item 3.2.3, supra), cuja principal característica é a de atenuar a regra de exclusão da prova ilícita, do mesmo modo que as doutrinas acima.

2.6.1. Teoria da fonte independente (*independent source*)

Aplica-se tal teoria naqueles casos em que falta a necessária relação de causalidade direta entre a prova originariamente obtida de forma ilícita e a prova dela derivada, mas lícita, de tal modo que se possa afirmar que a segunda prova tenha sido obtida de forma ou fonte independente em relação à primeira, esta sim viciada.

O argentino Maximiliano Hairabedian, doutor em direito e professor de Processo Penal da Universidade Nacional de Córdoba esclarece que a exceção da fonte independente:

[...] funciona cuando al acto ilegal o sus consecuencias se puede llegar por medios probatórios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que, aun suprimiendo hipoteticamente el acto viciado (v. gr., confesión bajo tormentos, que indica el lugar donde se escondió el arma homicida), se puede igualmente arribar a sus consecuencias (v. gr. secuestro del

*arma) por vías legales independientes (v. gr., testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señalo el lugar).*⁹⁹

Assim, será lícita a prova quando esta for viabilizada por meio de alguma fonte de investigação autônoma a qual deve, seguramente, permitir que se alcance, desta feita de forma idônea, o mesmo elemento de prova anteriormente viciado.¹⁰⁰

A adoção de tal teoria requer severas precauções. Apenas a título de ilustração a respeito das dificuldades no manejo do tema, imagine-se o seguinte exemplo, em que ambas as provas - a originária ilícita e a derivada supostamente independente – tiverem por origem a autoridade policial. Tendo sido efetivada diligência de busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial e, logo após, outra diligência similar, desta feita, entretanto, com mandado judicial - e baseada em elementos diversos - a questão que se coloca é a de estabelecer-se se estes elementos que basearam a segunda diligência de busca e apreensão, respaldada por determinação judicial, não poderiam ser provenientes de observações e descobertas feitas pelos agentes policiais durante a primeira diligência, esta sim ilegal, e utilizadas como argumento para a solicitação do mandado. Nessa hipótese, seria sensato falar-se em exceção à prova ilícita em função da teoria da fonte independente? A princípio não, uma vez caracterizada a dependência direta entre a segunda prova, supostamente legal, e aquela decorrente da busca e apreensão ilegal.

Parece que um critério adequado para se destacar a existência da fonte independente diz respeito à anterioridade da prova derivada. Assim, tendo tal prova sido obtida antes ou ao mesmo tempo daquela outra obtida como derivação da prova ilegal, não há porque se negar validade à mesma, a qual pode ter se originado de qualquer outro elemento e não necessariamente do ato viciado.¹⁰¹ Apenas não se deve esquecer

⁹⁹ Maximiliano Hairabedián. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 67.

¹⁰⁰ No Brasil, o Projeto de Lei número 4.205/2001, em trâmite no Congresso Nacional, o qual altera dispositivos do Código de Processo Penal no que se refere às provas, insere no artigo 157 o parágrafo primeiro, nos seguintes termos: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras, e salvo se a exclusão tornar impossível a verificação da existência material da infração penal.” Nessa redação há uma intenção clara do legislador em dotar o direito brasileiro de mecanismos que regulamentem eventual exclusão da prova ilícita derivada. Assim, a prova ilícita derivada (*fruits of the poisonous tree*) será sempre excluída do processo exceto quando não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita original e aquela que dela deriva. Assegura-se, assim, legalmente, a valoração das provas obtidas por fonte independente (*independent source*) ou através da descoberta inevitável (*inevitable discovery*).

¹⁰¹ Jaime Martínez Ventura, em elucidativo artigo, publicado no site da Corte Suprema de Justicia de El Salvador, intitulado *Pruebas ilícitas en el nuevo Código procesal penal*, explica que “(...) esta

que a via independente deve ser real, concreta e autônoma em relação à prova viciada. Mas o critério da anterioridade não deve ser tomado por absoluto. Imagine-se, em exemplo grosseiro, a hipótese em que um suspeito de homicídio tenha confessado o crime mediante tortura ou outro modo vedado por norma material. Ao mesmo tempo ou posteriormente a isso, uma testemunha comparece perante a autoridade policial e declara ter presenciado a prática de tal crime, apontando o suspeito como autor e indicando o local do cadáver e da arma utilizada no delito. Nessa hipótese, a prova deve ser admitida porquanto caracterizada a fonte independente necessária para elucidação do crime.

2.6.2. Teoria do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*)

Segundo a teoria do descobrimento inevitável, originária da anterior, a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida e valorada no processo, uma vez caracterizado que a mesma – a prova - seria inevitavelmente descoberta por outras vias, estas lícitas. Essa teoria, assim como a primeira, restringiu o âmbito de aplicação da tese dos frutos da árvore envenenada, justificando-se, especialmente, por razões de política criminal e defesa da sociedade.

Foi pronunciada pela primeira vez pela Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *Nix v. Williams*, em 1984, ocasião em que se admitiu como prova a declaração obtida ilicitamente de pessoa suspeita. No caso, uma pessoa com deficiência mental, foragida de uma clínica psiquiátrica, assassinou outra de menor idade. Apesar de seu advogado tê-la aconselhado a não relatar nada à polícia, esta levou o suspeito às imediações do local onde teria ocorrido o delito, pedindo ao mesmo que demonstrasse o local onde teria ocultado o corpo. Os policiais justificaram o pedido dizendo-lhe que isso seria apenas para poderem conceder à vítima a possibilidade de ter um enterro

excepción, así formulada, no deja de tener sus problemas de interpretación. Es claro que la obtención de la prueba debe ser 'actual'; es decir. Debe ser cierto que la prueba se obtiene por una vía distinta de la ilegal. Si se obtuvo antes o al mismo tiempo que la obtenida como derivación de la vía ilícita, es obvio que puede ser admitida. Pero, ¿ qué pasa si se obtuvo después? Es decir entre el momento en que se aplico el médio ilícito del cual se derivo la prueba y el momento en que esta fue declarada inadmisibile. A mi critério no debe ser admitida porque toda prueba obtenida con posteridad a la que se obtuvo ilicitamente, es dudoso que haya sido guiada por una fuente autónoma. ” Disponível no site <www.jurisprudencia.gob.sv/Doctrina.htm>, acesso em 20/01/2008.

cristão. Assim, sendo pessoa religiosa e, ludibriado por tal afirmação, o acusado mostrou o lugar e o corpo foi encontrado.¹⁰²

Entendeu-se que, embora a forma ilegal com a qual a prova teria sido coletada, os restos da vítima assassinada seriam inevitavelmente descobertos, uma vez que havia numerosos voluntários escavando todo o terreno exatamente nas proximidades em que o corpo estava, de forma que em algum momento ele seria inevitavelmente encontrado.

Essa doutrina, ainda não avaliada profundamente no âmbito do direito brasileiro, não é isenta de excessos. Aparentemente a *inevitable discovery* viola o princípio constitucional do *in dúbio pro reo*, decorrente do princípio constitucional da presunção de inocência. Com efeito, embora possível, não se pode afirmar que a descoberta inevitável consista em fato certo e garantido em todas as hipóteses. Para que seja válida e não ofenda a direitos fundamentais do indivíduo é necessário que a demonstração da inevitabilidade se dê de modo seguro e isento de incertezas. Não deve ser admitido o descobrimento inevitável apenas com base na probabilidade de sua existência, uma vez que sua aplicação pode transformar-se em instrumento passível de violar sistematicamente todos os direitos constitucionais do investigando.

2.6.3. Teoria da exceção da boa fé (*good faith exception*)

Outra hipótese à exclusão da prova ilícita reflexa diz respeito à teoria conhecida como exceção da boa fé, segundo a qual a prova supostamente ilícita é considerada legítima e válida quando a autoridade policial responsável por sua colheita tenha agido de boa fé, isto é, quando este acreditava equivocadamente que sua atuação estava respaldada pela lei.

Observe-se elucidativo exemplo, em que policiais escutem gritos no interior de uma casa, que os faça supor que alguma espécie de ato violento esteja ocorrendo no local. De imediato e sem autorização judicial ingressam no local, deparando-se com uma festa onde esteja ocorrendo largo consumo de drogas proibidas por lei. A questão a se discutir, neste caso, diz respeito a eventual validade de tal espécie de prova.

¹⁰² Maximiliano Hairabedián, ob. cit., p. 75.

Exemplo de aplicação desta exceção pode ser encontrado no caso *Massachusetts v. Sheppard* (1984), onde foi concedida autorização judicial para apreensão de bens em uma residência. Aparentemente, mencionada autorização seria nula, por não especificar os objetos que deveriam ser apreendidos. No entanto, adotando esta teoria, o Judiciário americano validou a busca domiciliar por considerar que os policiais que atuaram na diligência o fizeram de boa fé, crendo estar legitimados por um mandado judicial.

Outro exemplo concreto da aplicação desta teoria ocorreu também nos Estados Unidos, no caso *O.J. Simpson*, no qual a defesa deste famoso jogador de futebol americano, então acusado pelo homicídio de sua mulher e de um amigo desta, alegou que a polícia teria entrado sem autorização judicial em seu domicílio, encontrando a famosa luva de couro ensangüentada. A outra luva do par foi encontrada no local do crime. Justificou a autoridade policial, no entanto, que não entrou na residência de Simpson para colher qualquer tipo de prova, mas porque pensava que, pelas circunstâncias em que se viu envolvido, imaginou que a vida deste estivesse em perigo. A prova foi aceita em juízo, ainda que, posteriormente, tenha sido absolvido o esportista exatamente pelo falta de credibilidade das afirmações do policial em relação às suas reais intenções ao invadir a casa de Simpson.¹⁰³

Segundo a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso XI, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Observe-se que os policiais do exemplo acima acreditavam estar diante de hipótese de flagrante delito. Entretanto, não tendo sido o delito por eles presumido (p. ex.: violência física), fica evidente que os mesmos agiram no cumprimento de dever legal. Nesse sentido, com base na doutrina da boa fé, a prova obtida nessa suposta invasão ilegal de domicílio deve ser admitida e valorada no processo, mesmo tendo sido coletada em visível violação de direitos fundamentais. De qualquer modo, a aplicação de tal teoria deve dar-se com redobrada cautela. Quando não houver razoáveis suspeitas por parte da autoridade policial para realização da

¹⁰³ Outras razões mostraram-se igualmente decisivas para sua absolvição, dentre elas o fato de, no dia do julgamento, o promotor ter-lhe pedido que calçasse uma das luvas, e esta não lhe coube, o que fez com que o principal advogado de defesa, Johnnie Cochran, morto em 1995, expressasse a famosa frase: “*if it doesn't fit, you must acquit*”. Por outro lado, a prova pericial de análise sanguínea não se mostrou concludente a respeito da culpabilidade de Simpson. No juízo cível, em ação de indenização proposta por familiares das vítimas, este foi condenado ao pagamento de indenização, vez que aqui se reconheceu sua responsabilidade pelas mortes.

diligência, a prova eventualmente coletada não deve ser admitida no processo, mas somente aquela em que a autoridade que a realiza esteja, indubitavelmente, de boa fé e imbuída de sincera – mesmo que equivocada – convicção de suspeita de prática criminosa.¹⁰⁴

2.6.4. Teoria da tinta diluída

Tal teoria, igualmente originária do direito americano, tem aplicação a hipóteses em que a violação a direitos constitucionais encontra-se desdobrada em diversos atos posteriores, de modo que a propagação do vício, em função de tal desdobramento, tenha sido atenuada ou diluída – ou mesmo eliminada – por ausência de imediação entre os últimos atos consequentes e o ato original viciado. Oportunas as palavras de Maximiliano Hairabedian, para quem:

*[...] llevada la cuestión al ejemplo ilustrativo del fruto del árbol venenoso, para esta excepción, pareciera ser que el veneno se diluye o reduce a dosis inocuas en las ramas más distantes, evitando la intoxicación de los frutos ubicados en éstas.*¹⁰⁵

A exceção da tinta diluída não é isenta de inconvenientes. O principal deles diz respeito aos limites de sua aplicabilidade, uma vez que, ao não se estabelecer hipóteses objetivas e concretas onde poderia haver o abrandamento do veneno, eventual aplicação de tal exceção pode resultar de critérios decorrentes do mero subjetivismo do juiz, conferindo-se a este, poderes que não lhe foram atribuídos pelo legislador.

Ciente de tal revés, mas vislumbrando benefícios em sua aplicação, John Strong¹⁰⁶ tenta sugerir critérios os quais permitam a aplicação objetiva de aludida exceção. Assim, Strong menciona os seguintes critérios: *a-) seqüência de tempo*, no

¹⁰⁴ Eduardo M. Jauchen, ob. cit., p. 648, não admite tal exceção à ilicitude probatória. Segundo suas palavras, “(...) *el fin disuasivo es solo uno de los basamentos de la regla de exclusión y no precisamente el principal. Lo fundamental es la no vulneración de las garantías constitucionales, y menos aún cuando conculcándolas se obtienen pruebas ilegalmente, lo cual desnaturalizaría la administración de justicia pretendiendo hacerla beneficiaria de un hecho ilícito. Y esto es un principio supremo, de orden público, que no puede ser soslayado por la banal afirmación de un policía que dice haber actuado de buena fe, lo cual, por otro lado, es de imposible comprobación.*”

¹⁰⁵ Maximiliano Hairabedian, ob. cit., p. 86.

¹⁰⁶ John Strong, *apud* Maximiliano Harabedián, ob. cit., p. 87.

sentido de que é conveniente que haja um relativamente prolongado lapso temporal entre a ilegalidade originária e a suposta ilegalidade derivada, de forma que seja possível imaginar-se, pelo decurso do tempo, aliado a outros fatores, uma viável atenuação ou até desaparecimento da ilegalidade primária; **b-) interferências circunstanciais**, no sentido que, a par do fator tempo, a quantidade e natureza dos fatores lícitos que se inserem entre a ilicitude originária e a última prova derivada, podem ser levadas em conta para a aplicação da teoria da tinta diluída; **c-) magnitude da ilegalidade**, significando que a intensidade da primeira ilegalidade reveste-se de extrema relevância para a análise da dose de veneno eventualmente transmitida aos atos probatórios posteriores. Deste modo, quanto mais intensa a ilegalidade produzida pela atividade investigatória, maior a contaminação dos atos posteriores, e menor a probabilidade de sua atenuação diante de atos posteriores.

De qualquer modo, não se deve afastar o entendimento de que a regra é a exclusão de qualquer meio probatório obtido ilicitamente. A exceção a tal regra diz respeito à existência de fatores e circunstâncias que eventualmente possam atenuar os efeitos derivados da aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada.

Finalmente, deve ser mencionado que não se aplica essa espécie de exceção às provas classificadas como materiais,¹⁰⁷ uma vez que, nesses casos, sendo imutáveis, se foram obtidas ilicitamente perdem seu valor desde sua obtenção, mantendo permanentemente tal status, sem qualquer hipótese de regeneração ou de abrandamento da ilegalidade por meios de seus atos derivados. Por sua vez, é aceitável a aplicação da exceção da tinta diluída em hipóteses de provas denominadas pessoais, entendidas como aquelas que se originam diretamente das pessoas através de suas palavras e expressões, uma vez que, em tais espécies de prova – ex.: testemunhais - não há como se negar a existência de fatores subjetivos e particulares a cada depoente, os quais, por interferirem na busca da verdade real, propiciam maiores abrandamentos à regra de exceção, vez que cada pessoa que testemunha um fato desenvolve uma percepção pessoal e subjetiva a respeito daquilo que presenciou ou, de algum outro modo, tomou conhecimento.

¹⁰⁷ Segundo Fernando Capez, ob. cit., págs. 245/246, *provas materiais* são aquelas obtidas por meio químico, físico ou biológico (ex.: exames, vistorias, corpo de delito etc.). Por outro lado, *provas pessoais* são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais).

2.6.5. Teoria da prova ilícita benéfica ao réu (ou prova ilícita *in bonam partem*)

De todas as exceções à inadmissibilidade da prova ilícita no processo, essa é a mais estudada pela doutrina e jurisprudência nacionais. Significa, essa exceção, que, apesar da ilicitude na obtenção da prova, sendo ela significativa e relevante para a demonstração da inocência do réu, deve ser admitida e valorada no processo.

A respeito dessa espécie de provas, Mirabete ensina que:

[...] há o entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que 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 produzidas pelo próprio interessado, traduzindo hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.¹⁰⁸

Se, mesmo produzida com violação à norma de direito material, a prova tem por finalidade garantir a observância a outro direito fundamental do indivíduo, não há que se falar em ilicitude, especialmente se esta for a única prova disponível em benefício do réu.¹⁰⁹

Esse também é o posicionamento de Tourinho Filho, conforme convém observar:

[...] na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum* (...) É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do

¹⁰⁸ Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., p. 260.

¹⁰⁹ Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. p. 200, não diverge de tal posicionamento. Segundo o doutrinador, é “(...) necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. (...)”

indivíduo “*es un valor más importante para la sociedad*” que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arripio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.¹¹⁰

César Dario Mariano da Silva desenvolve argumento interessante a respeito do tema ao afirmar que:

[...] a proibição da utilização de prova obtida por meio ilícito é uma garantia do particular contra o Estado. Daí, partindo-se desse pressuposto, a prova obtida por meio ilícito só não poderia ser utilizada pelo Estado em desfavor do acusado. [...] Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.¹¹¹

Não se mostra conveniente recusar, de plano, a ideia da utilização da prova ilícita em favor do acusado, em que pese a existência de argumentos de que a adoção de tal espécie de provas atingiria o princípio da Igualdade das partes. Se a doutrina e jurisprudência consideram razoável e adequado absolver-se aquele a quem se imputa a prática de crime quando tal imputação se deu com base em provas ilícitas, não poderia ser considerado, assim, igualmente razoável condenar aquele a quem se sabe inocente com base no mesmo argumento de que a comprovação de sua inocência teria se dado também com base em provas ilicitamente obtidas.

O argumento é forte, em que pese o disposto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, segundo o qual são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Observe-se que a Carta Magna não fez qualquer distinção ou exceção a tal princípio e o Supremo Tribunal Federal, por vários de seus julgados (p. ex.: RE 251.445, rel. Min. Celso de Mello; HC 80.949, rel. Min. Sepúlveda Pertence; Ação Penal n. 307-3/DF, rel. Min. Celso de Mello), tem reconhecido o caráter absoluto de tal

¹¹⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. 3º vol., p. 234.

¹¹¹ César Dario Mariano da Silva, *Provas ilícitas*, p. 33.

direito fundamental. De qualquer modo, analisando-se a situação dentro de critérios objetivos de ponderação de interesses, o fundamental é que, independentemente da existência de provas ilícitas *pro reo*, deve o julgador assegurar que nenhum inocente seja condenado.

3. INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA.

3.1 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. NOÇÕES.

A discussão a respeito do direito à intimidade e à vida privada é anterior ao boom tecnológico que assola as sociedades desenvolvidas há mais de três décadas. Mas uma particularidade é evidente: essa evolução potencializou o debate a respeito dos limites impostos a essa garantia constitucional.

O que se busca, na atualidade, é a fixação de limites adequados e reconhecidos por todos, os quais determinarão até que ponto pode o direito à informação ou mesmo o direito à segurança social invadir a esfera de privacidade e intimidade do indivíduo.

É adequado lembrar que boa parte das informações captadas através de câmeras de segurança ou mesmo as denominadas câmeras ocultas pode encontrar justificativas em aspectos como segurança ou estado de necessidade, vinculados à elucidação de crimes ou toda espécie de fraudes de natureza grave. Por outro lado, é igualmente correto não esquecer que as pessoas ou entes estatais responsáveis pela captação das imagens lidam com fatores protegidos constitucionalmente como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A partir destes pressupostos e, reconhecendo-se que as inovações tecnológicas constituem um avanço sem possibilidades de reversão, apresenta-se estritamente necessária a criação de normas regulatórias que impeçam as intromissões indevidas e injustificadas na esfera íntima e familiar dos indivíduos, especialmente porque, ao se pensar de forma contrária, permitindo-se a disseminação indiscriminada e sem regulamentação de captação de imagens para todos os fins, a pretexto de garantir a segurança da sociedade e a elucidação de crimes, estar-se-ia concedendo uma espécie de salvo-conduto a possíveis justiceiros, transformando-se a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso X da Constituição em proteção

meramente ilusória e inútil, em contraste aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Para se compreender melhor o assunto, importa fazer uma análise a respeito dos conceitos do direito à intimidade e à vida privada, compreendidos como parte integrante dos direitos da personalidade. Estes, por sua vez, são fundados em objetivos claramente definidos, dentre eles o valor conferido pela norma constitucional a cada pessoa, considerada de forma individual, devendo ser reconhecida nela, independentemente de quaisquer outros fatores, a dignidade própria do ser humano.

Isso significa que todo indivíduo tem o direito de ser respeitado por todos os outros – e, óbvio, especialmente pelo Estado – e de não ser prejudicado em aspectos essenciais de sua existência – como vida, integridade física e saúde – e em sua própria dignidade, respeitando-se sua honra, imagem, intimidade e direito à vida privada, conforme assegurado pelo artigo 5º, caput e seus incisos III e X da Constituição da República.

Para a demarcação da esfera da intimidade do indivíduo devem ser adotados critérios relativos, uma vez que é o julgador quem deve aquilatar, relativamente a cada pessoa e diante das circunstâncias do caso, se haverá ou não a ocorrência da violação da intimidade e os limites que tal proteção alcança.

Com relação a seus limites, parece evidente a existência de gradações. Assim, a proteção conferida pela norma à intimidade de uma pessoa comum deverá adquirir dimensão e proteção maior sempre que comparada à defesa da intimidade de uma pessoa pública e que dependa da divulgação de sua própria imagem para fins profissionais ou mesmo de promoção pessoal.

Em sentido amplo, o conceito de privacidade foi mencionado pela primeira vez por Samuel Warren e Louis Brandeis, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito de Harvard, em 1890.¹¹² Consta que Warren teria se sentido afrontado pela imprensa de Boston por esta ter divulgado fatos familiares e reservados, ocorridos durante o casamento de sua filha.

¹¹² Mencionado texto foi denominado “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, n.º 5, 15, de dezembro, 1890, págs. 193 e segs.

Indignado, Warren aconselhou-se com o amigo Brandeis,¹¹³ questionando-o se havia alguma norma que protegesse a privacidade dos cidadãos. Como consequência das discussões, ambos redigiram o artigo acima, sendo responsáveis pela expressão *the right to be let alone* (em tradução livre, *o direito de ser deixado só*), o qual reúne vários direitos, ou seja: a) o direito ao respeito à propriedade (*breach of property*), b) o direito a não ser fotografado sem consentimento; e, finalmente, c) o direito a não ser indevidamente fotografado, especialmente pela imprensa.

Ainda na atualidade, o conceito do direito à intimidade não é conceitualmente preciso, especialmente porque diversos autores o tratam como sinônimo de vida privada. Grosso modo, pode ser definido como a garantia que tem o indivíduo de não sofrer intromissões indevidas em sua vida privada ou não ser observado por terceiros quando assim não o desejar, ou, finalmente, que informações de sua vida particular não sejam divulgadas sem sua autorização.

O conceito normativo do direito à vida privada foi grafado, segundo José Laércio Araújo, na Resolução n. 428, de 23 de janeiro de 1970, da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, em seu parágrafo 'C', alíneas 2 e 3, o qual o define como o conjunto de regras que visam à proteção da vida pessoal e familiar e à intimidade do lar dos indivíduos. Segundo afirma, consiste no direito individual de garantir a paz, a tranquilidade da parte da vida do ser que não está ligada a uma atividade pública.¹¹⁴ Por seu conteúdo e clareza, vale a pena transcrever o conceito que tal autor confere a instituo da Vida Privada:

O direito ao respeito à vida privada consiste na garantia de respeito à própria vida privada, à vida familiar e do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, a não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, a publicação, sem autorização, de fotografias privadas, à proteção contra espionagem e às inscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção

¹¹³ Posteriormente alçado, pelo presidente Woodrow Wilson, ao cargo de membro da Suprema Corte americana – o qual ocupou de 1916 a 1939 – chegando a presidir aquela Corte.

¹¹⁴ José Laércio Araújo. *Intimidade, vida privada e direito penal*, p. 45.

contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por particulares.¹¹⁵

Os aspectos do direito à intimidade e à vida privada são guiados por seu duplo caráter: por um lado consistem em direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que resguardados pelo ordenamento constitucional; e, por outro, sempre foram considerados direitos da personalidade, posto serem imanentes à pessoa em si e resguardados desde seu nascimento. Não é por outro motivo que o artigo 21 do Novo Código Civil determina que a vida privada da pessoa natural é inviolável, cabendo ao juiz adotar as providências necessárias para fazer cessar ou impedir atos contrários a tal direito.

Edilsom Pereira de Farias lembra que os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados, primeiramente como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito *inter privato*, para só mais tarde alcançarem a estatura constitucional.¹¹⁶

Paulo José da Costa Júnior, seguindo o mesmo entendimento, sustenta que o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade,^{117, 118} caracterizando-se dentre aqueles absolutos, indisponíveis e não mensuráveis patrimonialmente.¹¹⁹ É absoluto porque oponível *erga omnes*. É indisponível porque nem pela vontade própria do indivíduo se permite, a esse direito, transferir-se de titular; e, por fim, é considerado extrapatrimonial posto ser insuscetível de avaliação pecuniária, uma vez que falta conteúdo econômico à intimidade.¹²⁰

¹¹⁵ José Laércio Araújo, ob. cit., p. 45.

¹¹⁶ Edilsom Pereira de Farias. *Colisão de direitos*, p. 130-131.

¹¹⁷ A personalidade das pessoas naturais começa do nascimento com vida, sendo que a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º do Novo Código Civil). É possível afirmar-se que os direitos da *personalidade* consistem em atributos jurídicos do indivíduo. Não podem ser considerados naturais posto que na história da humanidade houve a existência de pessoas que não eram consideradas portadoras de personalidade, como os escravos, considerados *coisas* perante o então vigente ordenamento jurídico.

¹¹⁸ Para Simón Carrejo, citado por Edson Ferreira da Silva, *Direito à intimidade*, p. 8, “(...) *la expresión derechos de la personalidad tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho; sin ellos, la personalidad quedaria incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales*”.

¹¹⁹ Paulo José da Costa Júnior. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 14

¹²⁰ Luciana Fregadolli. ob. cit., p. 40-41

Todos esses aspectos citados como características próprias da intimidade podem ser perfeitamente aplicáveis ao instituto da vida privada do indivíduo, porquanto, por suas características ontológicas, não há possibilidade de serem dissociadas as duas figuras.

Em diversos países foram criadas expressões distintas para significar a intimidade e a vida privada. Assim, em alemão afirma-se *Intimität* e *Privat leben*; em francês *Intimité* e *Vie privée*; em italiano *Intimitá* e *Riservatezza*; em inglês *Intimty*¹²¹ e *Privacy*; e, finalmente, em espanhol, *Intimidad* e *Vida privada*.

No Brasil, o legislador constituinte preferiu tratar separadamente dos direitos à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X), sugerindo que ambos fossem formalizados de acordo com suas características peculiares. A esse respeito, José Afonso da Silva lembra, de modo pertinente, que o dispositivo considera a intimidade um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e imagem das pessoas. Preferiu, entretanto, o renomado constitucionalista, adotar a expressão direito à privacidade num sentido genérico e amplo, englobando todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade do indivíduo.¹²²

Existe, principalmente em países hispânicos, uma tendência a se considerar as expressões intimidade e vida privada como sinônimas. Não obstante, lembra José Adércio Leite Sampaio que há uma radical distinção entre as duas expressões, uma vez que intimidade deriva do latim *intimus*, cujo significado remonta a ‘íntimo, mais recôndito’, ‘interior’, enlaçando-se também com a ideia de ‘segredo’ e ‘confiança’. Por outro lado, privacidade é originária da expressão *privatus*, o que significa originariamente ‘privado’, ‘particular’, ‘próprio’, ‘pessoal’ e ‘individual’¹²³

É bem estreita a relação que sempre existiu entre a intimidade e privacidade e o direito à propriedade,¹²⁴ de modo que a vida privada pode ser considerada como o

¹²¹ Característica ilustrativa da língua inglesa é a de que a expressão *intimty* normalmente é empregada em hipóteses que digam respeito a relacionamentos sexuais. Por tal razão, ordinariamente, os norte-americanos utilizam-se preferencialmente da expressão *privacy* para designar tanto a intimidade quanto a vida privada.

¹²² José Afonso da Silva. *Direito constitucional positivo*, p. 209.

¹²³ José Adércio Leite Sampaio, *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 208.

¹²⁴ Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 65 e seguintes resume bem essa questão. Para o historiador francês, falecido em 1889, “os antigos basearam o direito de propriedade em princípios diferentes dos atuais; e disso resulta que as leis que o garantiam eram

direito do indivíduo e de sua família à solidão, à reserva, ao isolamento, tendo daí surgido a máxima *my home is my castle*.¹²⁵

Finalizando, vale lembrar que o pressuposto de existência da garantia da privacidade encontra-se intimamente relacionado às garantias constitucionais da liberdade e igualdade, sendo que a manutenção do Estado Democrático de Direito exige a preservação desses direitos.

3.2. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PROTEÇÃO NORMATIVA

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso X, protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, fato que consiste em inovação constitucional, uma vez que as Constituições anteriores não tratavam do assunto, a não ser de forma indireta.¹²⁶ O legislador constituinte, ao inserir tal garantia dentre os

sensivelmente diversas das nossas. [...] Há três coisas que, desde os tempos mais antigos, se encontram conexas e firmemente estabelecidas nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que mostram manifesta relação entre si em sua origem e que parece terem sido inseparáveis. A idéia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam; eram propriedade sua. [...] ao construir o lar, fazem-no com o pensamento e a esperança de que ficará sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem mesmo pela precária vida do homem, mas pelo tempo que esta família existir e dela restar alguém que conserve a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse da terra; apossa-se desta parte de terra que fica sendo assim sua propriedade. [...] O lar deve estar isolado, fisicamente separado de tudo quanto não lhe pertença; o estranho não deve se aproximar do lar no momento em que se realizam as cerimônias do culto. [...] Para que esta disposição religiosa seja rigorosamente cumprida, precisa-se de algo que isole o lar, a certa distância. Pouco importa que seja formado por paliçada, por sebe ou muro de pedra. Seja o que for, define o limite, separando o domínio de um lar do outro. Esse recinto considera-se sagrado. Ultrapassá-lo constitui impiedade. [...] Nessa casa a família é senhora e proprietária; a divindade doméstica lhe assegura tal direito. A casa é consagrada pela presença perpétua dos deuses; a casa é o templo que os guarda. 'Que outra coisa existe de mais sagrado,' diz Cícero, 'que a morada de cada homem? Ali está o altar; aí brilha o fogo sagrado; aí estão as coisas santas e a religião'. Ao penetrar-se nesta casa com más intenções, comete-se sacrilégio. O domicílio era inviolável."

¹²⁵ Sandra Lia Simon. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, p. 71.

¹²⁶ Luciana Fregadoli. ob. cit., p. 63 e segs., em metucioso estudo a respeito, lembra que a Constituição Imperial de 1824 falava apenas em inviolabilidade do domicílio e das cartas (art. 179, VII e XXVII), isto é, desde então se protegia a intimidade do sujeito. São suas as seguintes expressões: "A Constituição da República, de 1891, também o regulava em seu art. 72, §§ 11 e 18, através da inviolabilidade do domicílio e da correspondência. A mesma proteção das duas Constituições anteriores, a Constituição de 1934 dispensou à intimidade, no art. 113, n. 8º e 16. A Constituição de 1937, fruto de um regime ditatorial, chamada de 'Constituição Polaca', repetiu, em linhas gerais, o conteúdo da Constituição de 1934, no seu art. 112, § 6º. A Constituição de 1946 restituiu ao país o regime democrático, protegeu a intimidade através da inviolabilidade do domicílio e da correspondência no art. 141, §§ 15 e 6º. A Constituição de 1967, e sua Emenda n. 1, de 1969, continuaram a tutelar a intimidade, quando garantiram o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, no art. 153, § 9º e a inviolabilidade do domicílio, no art. 153, § 10. Nesta Constituição, a tutela genérica da intimidade pode ser implicitamente localizada no § 36 do art. 153".

direitos fundamentais do indivíduo, seguiu os passos da Constituição portuguesa, de 1976, a qual estabelece, em seu artigo 26.1, que “*a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar*”. Por sua vez, a Constituição espanhola, em seu artigo 18.1, garante às pessoas “*o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem*”.¹²⁷

Posteriormente a isso, o Novo Código Civil, em seu artigo 21, previu que “*a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma*”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já dispunha em seu artigo 12 que “*ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques na sua honra e reputação*”. Finalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, denominada Pacto de San José da Costa Rica, prevê, em seu artigo 11.2 que “*ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação*”.

Apenas para constar, referido § 36 do art. 153 da Emenda n. 1 à Constituição Federal de 1967 dizia que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

¹²⁷ Outros textos Constitucionais tratam do direito à *privacidade e intimidade* da seguinte forma: Na Argentina, o art. 18 de sua Constituição determina que “(...) *El domicilio es inviolable como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; (...); a Constitución Chilena, em seu artigo 19.4 determina “(...) 4. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.”. A Constituição da Colômbia, em seu artigo 15 prevê que: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. (...).” A Constituição do Equador determina, em seu artigo 23.8 que “(...) El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.(...)”. A Constituição da Nicarágua prevê, em seu artigo 26 que “*Toda persona tiene derecho: 1. A su vida privada y la de su familia. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo. Al respeto de su honra y reputación. (...). Finalmente, a Constitución dos Estados Unidos da América, por sua IV Emenda determina que “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.* In Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Privacidad personal y familiar. *Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. Disponível no site <<http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/privacidad.html>> acesso em 18.6.2003.*

Infelizmente, o direito brasileiro não dispõe de lei ordinária que regulamente as hipóteses em que eventuais invasões à intimidade e à vida privada do agente possam ser consideradas crimes. Paulo José da Costa Júnior já alertou a respeito da necessidade premente da criação de um dispositivo penal que sirva de proteção a tais garantias.¹²⁸ De igual forma é o pensamento de Luiz Vicente Cernicchiaro, em obra conjunta com Paulo José da Costa Júnior, para quem de nada valeria a existência de norma constitucional protetora de tal direito sem que houvesse também a existência de resposta penal para sua eventual violação.¹²⁹

3.3. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. DISTINÇÕES.

René Ariel Dotti afirma que, em vários países, dentre eles Itália e Inglaterra, a expressão intimidade é utilizada em acepção ampla, servindo para designar também a vida privada. Mas ressalta que, a contrário de tal afirmação, a intimidade encontra-se contida na expressão vida privada,¹³⁰ sendo aquela consistente em uma esfera de sentimentos da pessoa, na qual ninguém poderia penetrar sem consentimento,¹³¹ enquanto a vida privada consistiria no direito que a pessoa humana possui de não ser absorvida pela massa.¹³²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que há uma grande dificuldade em se distinguir conceitualmente a intimidade da vida privada. Lembra, de forma perspicaz, que a vida privada opõe-se, por óbvio, à vida pública, a qual, por se desenrolar perante os olhos da comunidade, torna-se conhecida de muitos, podendo ser conhecida por todos. Por outro lado, segundo o professor da Universidade de São Paulo, a vida privada é a que se desenvolve fora das vistas da comunidade, ocorrendo perante um pequeno

¹²⁸ Paulo José da Costa Júnior, ob. cit. , p. 77/78.

¹²⁹ Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior. *Direito penal na constituição*, p. 16.

¹³⁰ Edilson Pereira de Farias, ob. cit. p. 145, explica que a expressão *vida privada* é empregada “às vezes em sentido amplo e noutras ocasiões em sentido restrito. Na primeira acepção, equivale ao termo intimidade, [...] isto é, no sentido amplo de realizar a proteção daquela parte da personalidade que se deseja ver preservada do conhecimento do público.. Na segunda acepção, a locução vida privada *strictu sensu* significa apenas uma das esferas da intimidade”.

¹³¹ René Ariel Dotti, *A proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 68

¹³² idem, p. 71.

grupo de íntimos. Conclui afirmando que a intimidade consiste na vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, ou seja, o grupo familiar.¹³³

3.3.1. Intimidade

Conforme assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional da Espanha, em decisão de 24 de março de 2003 (STC 56/2003), o direito fundamental à intimidade consiste na existência de um âmbito próprio e reservado, protegido da ação e conhecimento dos demais, necessário, segundo as normas de nossa cultura, para manter uma qualidade mínima de vida humana.¹³⁴

Santos Cifuentes conceitua a intimidade como “o direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade ou de outras turbações da vida privada, a qual está limitada pelas necessidades sociais e os interesses públicos”.¹³⁵ Edilson Pereira de Farias, citando Adriano de Cupis, prefere definir intimidade como “o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”.¹³⁶

À parte estes conceitos, mostra-se extremamente dificultosa a correta caracterização do direito à intimidade, a qual poderia ser considerada como sendo a parte mais exclusiva da vida privada.

Assim, a proteção à intimidade abrange, dentre outros aspectos, o resguardo de um diário, um segredo íntimo ou realizado sob juramento.¹³⁷ Mas alcança, também, caracteres como a discrição pessoal atinente aos acontecimentos e desenvolvimento da vida do sujeito, dentre os quais: confidências, informes de ordem pessoal, lembranças

¹³³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, p. 35-36.

¹³⁴ Referida decisão, encontra-se disponível na internet no endereço eletrônico <<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2003/STC2003-056.htm>>, acesso em 15.7.2003, sendo que reflete um posicionamento já pacificado na Corte Constitucional espanhola, tendo como precedente o julgamento STC 186/2000, de 10 de julho, igualmente disponível no endereço <<http://www.tribunalconstitucional.es/STC2000/STC2000-186.html>>, acessado na mesma data.

¹³⁵ *Apud* Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo. *Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal*. p. 67

¹³⁶ *Apud* Edilson Pereira de Farias. *Colisão de direitos*. p. 137.

¹³⁷ Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil*, p. 57.

de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde física ou mental, afeições, entretenimentos, costumes domésticos etc.¹³⁸

Conforme já afirmado, o direito à intimidade não é absoluto, vez que constantemente confrontado por outros direitos de igual respaldo constitucional. Por essa razão, no evento denominado Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, realizado em maio de 1967, em Estocolmo, pela primeira vez se analisou a fundo tal garantia e se deliberou que a mesma não poderia ser considerada como ilimitada, vez que restringida por fatores como: a-) interesses de segurança nacional, segurança pública ou bem-estar econômico da Nação; b-) necessidade de impedir a desordem ou o crime; c-) necessidade de resguardar a saúde ou a moral pública ou para proteger os direitos e as liberdades de terceiros.^{139, 140}

José Adércio Leite Sampaio lembra, ainda, que tal direito somente pode ser legitimamente limitado por duas formas: a primeira mediante atuação legislativa; a segunda, através de intervenção jurisdicional.

Por atuação legislativa, a intervenção se dá de modo direto, por meio de uma lei que incida diretamente sobre o âmbito de proteção do direito à intimidade. Deve, no entanto, existir autorização constitucional explícita para atuação do legislador nesse sentido. Essa é a hipótese, prevista em nosso sistema constitucional, que autoriza a intervenção nas comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal). Ou

¹³⁸ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, p.103.

¹³⁹ José Laércio de Araújo, ob. cit. p. 53.

¹⁴⁰ Dentre as conclusões da Conferência de Estocolmo, de 1967, constam: **Quanto à intimidade:** 1- o direito ao respeito à vida privada, que é de uma importância capital para a felicidade do homem, deve ser reconhecido como direito fundamental da pessoa humana. Esse direito protege o indivíduo contra as autoridades públicas, o público em geral e outros indivíduos; 2. o direito ao respeito à vida privada é o direito de uma pessoa ser deixada em paz para viver sua própria vida com um mínimo de ingerências exteriores. Em forma mais ampla significa: o direito do indivíduo para viver como preferir, protegido contra: a-) toda ingerência em sua vida privada, familiar e doméstica; b-) todo ataque a sua integridade física ou mental ou à sua liberdade moral ou intelectual; c-) todo ataque a sua honra ou reputação (...). **Limites ao direito à Intimidade:** a-) na sociedade moderna, o direito ao respeito à vida privada, como qualquer outro direito do homem, não pode ser ilimitado, salvo no sentido de que nada pode justificar medidas incompatíveis com a dignidade física, mental, intelectual ou moral da pessoa humana. Os limites são necessários para assegurar o equilíbrio entre os interesses do indivíduo com os de outros indivíduos, grupos e o Estado e variam segundo a situação em concreto na qual se busque dar efeito ao direito à intimidade; b-) o interesse público exige frequentemente que as autoridades públicas possam dispor de poderes para imiscuir-se na esfera privada do indivíduo, mais extensos do que se poderia aceitar se essa ingerência fosse obra de outros indivíduos ou grupos; c-) é essencial que as leis e os regulamentos delimitem com precisão os casos em que ingerência é autorizada (...)" *Apud* Ana Lúcia Menezes Vieira, *Processo penal e mídia*, p. 144, nota de rodapé n. 54.

indiretamente, em decorrência da existência de outro direito, competência, ou bem, igualmente resguardados pela Carta Constitucional.

Cita, referido autor, como exemplo, a possibilidade de permissão legislativa para quebra de sigilo bancário em nome da segurança pública (artigo 144 da Constituição); da moralidade pública (artigo 37, caput), no exercício das funções institucionais do Ministério Público (artigo 129, VI da Constituição).¹⁴¹

Finalmente, por intervenção jurisdicional, pode ocorrer a limitação ao direito à intimidade quando prolatada decisão judicial derogatória de aspectos dessa garantia, e na solução de conflitos entre esse direito e outros de igual assento constitucional, com prejuízo daquele. Nessas hipóteses, deve o julgador conter-se sempre no âmbito de uma autorização legislativa que dependa de um juízo de ponderação prévio.

Outra hipótese de limitação ao direito à intimidade seria o consentimento do titular de tal direito, o qual poderá ser tácito ou expresso. Na primeira hipótese – a de consentimento tácito – o mesmo se dá em função do próprio comportamento de seu titular, como no caso de pessoas que se colocam em situações propícias de serem flagradas ao lado de personalidades públicas, ou em situações deliberadamente constrangedoras, em público, com – ou mesmo sem - o objetivo de obtenção de promoção pública. Por sua vez, consentimento expresso, como a própria denominação explica, se dá quando o titular do direito autoriza, de forma ostensiva – ou seja, verbalmente ou por escrito - a divulgação de fatores específicos de sua intimidade pessoal.

3.3.2. Vida privada

Já se afirmou, que o Constituinte de 1988 optou por diferenciar a tutela do direito à intimidade em relação ao direito à vida privada, mesmo havendo características

¹⁴¹ José Adércio Leite Sampaio, ob. cit., p. 383/384. Ressalte-se que o autor afirma, ainda, com base em Alexy e Canotilho, que para a elaboração de permissão legislativa para tal quebra dos direitos da intimidade, é necessário que a norma obedeça a uma série de exigências consagradas pelo Direito Comparado. Nesse sentido, é necessário que trate-se “de lei em sentido estrito, clara e precisa em suas disposições; haver adequação, necessidade e proporcionalidade da medida não apenas em abstrato, para validade constitucional da lei, mas também em concreto, na sua execução (princípio da proibição do excesso) e haver garantia do núcleo essencial do direito à intimidade”

absolutamente similares entre os dois institutos. Tentar-se-á, neste item, expor as peculiaridades principais do direito à vida privada como forma de distinguir esse instituto do da intimidade. Sendo direito fundamental e intrinsecamente ligado à proteção da personalidade, o direito à vida privada deve ser encarado a partir de suas características básicas, sendo *absoluto*, *imprescritível* e *intransmissível*.

É *absoluto* uma vez que, como a intimidade, é oponível *erga omnes*, gerando obrigação universal negativa, no sentido de que todos devem respeitar o exercício desse direito. É *imprescritível* uma vez que o exercício dos direitos que dele decorrem não se esvai com o passar do tempo; é, ainda, *intransmissível* uma vez que, mesmo com a morte de seu titular, não pode ser transmitido a terceiros.

Parece, porém, existir dúvidas a respeito da possível *indisponibilidade* do direito à privacidade, uma vez que seu titular pode, em determinadas hipóteses, dispor temporariamente do mesmo, expondo-o à curiosidade pública. Exemplo disto são os famosos *reality shows* onde, em busca de fama ou notoriedade, o indivíduo sujeita sua vida privada – e intimidade – transitoriamente à observação pública, visando recompensa financeira ou mera notoriedade.

Darcy Arruda Miranda sugere que o direito à intimidade esteja contido no direito à vida privada. Explica que devem ser considerados como pertencentes à vida privada da pessoa não somente os fatos da vida íntima, mas também todos aqueles em que seja nulo o interesse da sociedade de que faz parte.¹⁴² Em igual sentido é o raciocínio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem a intimidade é considerada por meio de aspectos mais exclusivos do que aqueles referentes à vida privada. Menciona, inclusive, aquilo que considera como âmbito de proteção da intimidade: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Por outro lado, a vida privada diria respeito àquelas situações de ordem pessoal (como a escolha do regime de casamento) que, em determinadas ocasiões podem demandar a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel).¹⁴³

¹⁴² Darcy Arruda Miranda. *Comentários à lei de imprensa*, p.279.

¹⁴³ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *apud* Edilson Pereira de Farias, ob. cit., p. 147.

Colocada a questão nesses termos, o direito à vida privada deve ser entendido como aquele que garante obediência e respeito à vida familiar do indivíduo e ao fato de não serem divulgados a seu respeito e de seus familiares fatos que possam causar constrangimentos e embaraços. José Afonso da Silva afirma que o constituinte deu destaque ao aspecto da vida privada (artigo 5º, X, da Constituição Federal) para que o mesmo seja considerado mais abrangente do que o direito à intimidade, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Nas palavras do festejado constitucionalista:

[...] a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.¹⁴⁴

O direito à privacidade, que pode ser dividido em três outros direitos, ou seja, *direito de não ser vigiado*, *direito de não ser injustificadamente registrado* e, finalmente, *direito de não ter os dados pessoais publicados* sem o consentimento de seu titular, ultrapassa o mero âmbito de interesse privado do agente, passando a ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

¹⁴⁴ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 211.

4. GRAVAÇÕES DE IMAGENS E O PROCESSO PENAL

4.1. NOÇÕES GERAIS.

Dentre os grandes temas jurídicos da atualidade, um desponta como de interesse amplo, apesar de ainda pouco explorado no direito brasileiro. Refere-se aqui ao conflito existente entre o interesse do Estado em investigar e punir todos os delitos que ocorram em seu território e os limites impostos pela norma constitucional a tal interesse estatal, especialmente quando, em seus procedimentos investigativos, a autoridade pública extrapola em suas atribuições e poderes, violando, assim, alguns dos direitos fundamentais do cidadão, dentre eles aqueles que asseguram a inviolabilidade dos direitos à intimidade e à vida privada das pessoas (artigo 5º, inciso X da Constituição Federal).

Apesar do conservadorismo explícito da norma processual penal brasileira, diversos meios modernos de produção probatória têm sido inseridos no processo penal moderno. Fala-se, aqui, nas novas tecnologias que proporcionam maior segurança e eficiência aos atos investigativos oficiais, notadamente aquelas que se referem à informática, telemática e comunicações audiovisuais.

Este progresso, entretanto, vem acompanhado por dois efeitos, um positivo outro nem tanto. Ao mesmo tempo em que tais instrumentos permitem um melhoramento ostensivo nos meios de investigação criminal, servem para potencializar os riscos de exposição do cidadão comum, especialmente aquele em relação ao qual nenhuma

suspeita de prática criminosa incide e que passa a sofrer indevidas intromissões em sua garantia constitucional de intimidade e privacidade.¹⁴⁵

Ainda hoje, a imensa parte das ações penais ajuizadas pelo Ministério Público oferece como meio de prova para condenação dos acusados os prosaicos e, algumas vezes, ineficientes depoimentos testemunhais, além de laudos de exames periciais. Os primeiros, regra geral, para demonstração da autoria. Estes últimos, para comprovação da materialidade do fato criminoso. Mesmo essa espécie tradicional de produção probatória é viabilizada com extrema dificuldade em determinadas circunstâncias. Apenas a título de exemplo, importa lembrar a realidade existente em pequenas Comarcas distantes das Capitais dos Estados, onde existem severos obstáculos que impedem a realização de laudos periciais em função da existência de reduzido número de técnicos para tal mister, o que acarreta, via de consequência, uma materialidade criminosa demonstrada de forma incompleta e dúbia, mas que, ainda assim, apesar de aspectos evidentemente amadorísticos presentes em sua elaboração, são utilizados para condenar réus.

Outra peculiaridade que dificulta enormemente a elucidação de crimes graves ocorre, desta feita, nos grandes aglomerados urbanos onde, mesmo havendo equipes técnicas qualificadas para a realização de laudos periciais para comprovação da materialidade delitiva, faltam testemunhas para imputação conclusiva da autoria criminosa. Este fenômeno é observado mais ostensivamente nas grandes favelas, muitas vezes controladas por bandos criminosos que, à falta da estrutura estatal organizada, impõem suas próprias e violentas regras de convivência, dentre elas, a famigerada lei do silêncio, amedrontando por meio de ameaças veladas, possíveis testemunhas que, em função disso, se negam a relatar à autoridade os fatos ilícitos observados, impossibilitando a elucidação do crime e, por conseguinte, garantindo a manutenção da impunidade e a certeza da reiteração de práticas criminosas.

A afirmação acima é real e ocorre cotidianamente nas investigações produzidas por autoridades policiais, ressaltando-se ainda que, mesmo diante do espantoso desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, tal progresso não se

¹⁴⁵ Alfredo Chirino Sánchez. Las tecnologías de información y el proceso penal. Analisis de una crisis anunciada. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 9, n. 14, disponível em: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/chirin14.htm>> acesso em 15.2. 2003.

refletiu eficazmente nas técnicas de investigação policial. Basta ver que na imensa maioria dos Municípios brasileiros, as autoridades policiais não possuem estrutura material nem pessoal suficientes para, após a necessária autorização judicial, manejar um procedimento de interceptação telefônica ou captação de imagens. O que dizer, então, da elucidação de crimes cometidos por meios informáticos.

A conclusão é óbvia: o amadorismo dos atuais métodos de investigação da polícia técnica, à exceção de alguns poucos nichos policiais tecnologicamente instrumentados, contribui para que graves crimes entrem para o robusto rol dos delitos não elucidados, contribuindo para o incremento da impunidade e insegurança que afetam a sociedade.

4.2. AS MODERNAS TECNOLOGIAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: DA PROVA POR FILMAGEM.

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação tem sido espantosamente acelerado nos últimos anos, fato que trouxe consequências ao processo em geral e processo penal em particular, especialmente no que diz respeito às investigações e coleta de provas. Chirino Sánchez define esses novos meios de investigação como sutis, não cruéis e sedutores.¹⁴⁶ Mas lembra, por outro lado, que tais novidades tecnológicas representam um modo potencialmente nocivo à preservação dos direitos fundamentais do cidadão,¹⁴⁷ uma vez que, ao mesmo tempo em que municiam a autoridade investigadora de instrumentos de prova mais eficazes, representam uma forma desleal e desigual de incriminação do agente suspeito, o qual não raras vezes se vê em situação em que a prova de sua eventual inocência se mostra praticamente impossível.

¹⁴⁶ Alfredo Chirino Sánchez, ob. cit., p. 1

¹⁴⁷ Interessante fato foi publicado no jornal **O Estado de São Paulo**, edição de 13 de maio de 2003, Caderno Cidades. Segundo a notícia, um estelionatário foi preso em flagrante acusado de tentativa de estelionato via internet. Consta que o mesmo instalou uma câmera tipo *webcam* dentro da agência de um banco, logo acima do caixa eletrônico. Com tal câmera, o mesmo filmava as operações dos clientes, sendo que as imagens eram captadas em outro local revelando o número do cartão e a senha dos clientes do banco. Após selecionadas as informações dos correntistas, o estelionatário fazia as operações de transferência ilegal de dinheiro pela internet utilizando-se de *cybercafés* da cidade.

Dentre esses instrumentos estão a prática de interceptações telefônicas¹⁴⁸ e a gravação clandestina de conversa,¹⁴⁹ desembocando nas recentíssimas formas de interceptação de correspondência eletrônica (e-mail) e, naquilo que mais interessa ao presente trabalho, a observação de pessoas por meio de câmeras de vídeo, sejam elas de natureza ostensiva ou oculta.

O Código de Processo Penal brasileiro, cuja entrada em vigor se deu no transcurso da segunda Guerra Mundial, não poderia, por óbvio, antever a incrível evolução tecnológica que a humanidade experimentaria décadas após. A par disso, mesmo em épocas atuais, não se observa nos doutrinadores atenção para as consequências que esses novos meios tecnológicos de informação podem acarretar na elucidação de complexas práticas de crimes, especialmente aqueles relacionados a desvio de verbas públicas, crimes contra o sistema financeiro e tributário, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, dentre outros delitos graves. À exceção de casos isolados e raros, em que se observa algum esforço da polícia técnica e do Ministério Público em instrumentar seus agentes com conhecimento e treinamento para o manejo dessas novas tecnologias, a realidade predominante revela agentes policiais notadamente despreparados para investigar práticas criminosas complexas, sendo que, quando o fazem, utilizam-se dessas novas tecnologias – muitas vezes - de modo equivocado e abusivo, gerando visíveis violações a direitos do indivíduo sob investigação, com flagrantes e ilícitas intervenções em sua intimidade e privacidade.

Nessas circunstâncias não será surpresa a existência de dúvidas e confrontos jurídicos referentes à validade de determinados instrumentos de prova, como ocorre com as interceptações e gravações de áudio e imagens.

¹⁴⁸ Ricardo Rabonese. *Provas obtidas por meios ilícitos*, p.46, define a interceptação como a “(...) intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas: se a interceptação for realizada em conversação telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se a escuta telefônica; se não houver o conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interceptação *stricto sensu*; se a interceptação for feita entre presentes, com conhecimento de um dos interlocutores, caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se for sem o conhecimento, será considerado como interceptação ambiental”.

¹⁴⁹ Ocorre a gravação clandestina de conversa quando um dos interlocutores, sub-repticiamente, grava conversa mantida com outra pessoa, seja através de aparelho eletrônico ou telefônico ou, ainda, no ambiente de conversação.

4.3. NORMATIZAÇÃO DOS NOVOS MEIOS TECNOLÓGICOS DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA.

O direito brasileiro não possui uma regulamentação que trate desses novos instrumentos de produção probatória. À exceção da Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, a qual alterou os artigos 1º e 2º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que trata da repressão a crimes praticados por organizações criminosas,¹⁵⁰ e que legitima, sempre com autorização judicial, a coleta de provas mediante o emprego de meios de vigilância eletrônica, nenhuma outra norma jurídica procura disciplinar a aplicação das modernas tecnologias no campo do processo penal. Não se registra, ainda, maiores reflexões doutrinárias ou jurisprudenciais a respeito de suas implicações nos direitos e garantias constitucionais a pessoa, notadamente no que pertine às provas obtidas através de captação de imagens, sejam ocultas ou ostensivas.

Ao contrário do brasileiro, o legislador argentino procurou subsidiar suas instituições judiciárias de normas que permitam apreciar e valorar as provas coletadas através de filmagens. Nesse sentido é a Lei 24.424, de 7 de dezembro de 1994, a qual acrescentou o artigo 26-bis à Lei 23.737, a qual, por sua vez, regulamenta a punição a atividades de uso e tráfico de substâncias entorpecentes. Referido dispositivo determina que a prova consistente em fotografias, filmagens ou gravações somente poderá ser admitida no processo se comprovada sua autenticidade. Também na Argentina a Lei 24.192, que trata de crimes ocorridos durante a realização de espetáculos esportivos em locais de grandes aglomerações, prevê, em seu artigo 44, que serão admitidos como prova os fatos filmados pela autoridade competente, ou seja, a autoridade policial.¹⁵¹ Referido dispositivo ainda determina que eventual filmagem praticada por particulares poderá ser admitida no processo como meio de prova, devendo receber do julgador a valoração que considerar mais adequada à hipótese concreta.

No Brasil, a única experiência, ainda não implementada de forma adequada nos estádios brasileiros, em termos de provas audiovisuais, encontra-se na Lei 20.671/03 - o denominado Estatuto do Torcedor - que determina, em seu art. 18, que “os estádios com

¹⁵⁰ Referida norma procurou municiar a autoridade policial de meios mais eficazes para dismantelar organizações criminosas na medida em que autorizou a realização de “captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

¹⁵¹ Nessa hipótese, diz o artigo 44 da mencionada norma que a câmera filmadora deverá ser lacrada pelo juiz de instrução plantonista como forma de validade em instrução criminal.

capacidade superior a vinte mil pessoas deverão manter central técnica de informações, com infra-estrutura suficiente para viabilizar o monitoramento por imagem do público presente”.

À parte tal dispositivo, a omissão do legislador brasileiro atingiu tal aspecto de gravidade que o assunto foi objeto de discussão no recente Congresso Extraordinário dos Jornalistas, ocorrido na primeira quinzena de agosto de 2007, em Vitória, no estado do Espírito Santo. Durante o evento foi deliberada a reformulação do Código de Ética dos Jornalistas no que diz respeito à utilização de câmeras escondidas e outras técnicas próprias do denominado jornalismo investigativo.

Conforme decidiram os participantes do evento, a divulgação de informações obtidas por jornalistas com o uso de identidade falsa e através de câmeras ocultas seria vedada. No entanto, deixando espaço para eventuais escapismos, o texto aprovado em plenária autoriza excepcionalmente o uso destes expedientes desde que as informações a serem obtidas tenham por objeto o esclarecimento de informações de relevante interesse público.¹⁵²

A solução adotada é precária e não atende ao problema ético que envolve a utilização dessas novas tecnologias. Afinal, competirá ao próprio jornalista ou editor do meio de comunicação decidir quando haverá ou não o mencionado relevante interesse público, conceito jurídico indeterminado, cuja definição é vaga, imprecisa e, o que é pior, sujeita a variações, conforme interesses políticos, financeiros ou comerciais.

4.4. PROVA DOCUMENTAL. CONCEITO. DISTINÇÃO ENTRE DOCUMENTO E INSTRUMENTO DE PROVA.

Basicamente, consiste a prova na demonstração da existência e veracidade de um fato. Tal demonstração deve ser efetivada no âmbito do processo por um dos vários meios de prova existentes, estejam eles expressamente previstos em lei ou não. No

¹⁵² Diz o artigo 11 do Código de **Ética dos jornalistas brasileiros**: “Art. 11. O jornalista não pode divulgar informações: I – visando o interesse pessoal ou buscando vantagem econômica; II – de caráter mórbido, sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes e acidentes; III – obtidas de maneira inadequada, por exemplo, com o uso de identidades falsas, câmeras escondidas ou microfones ocultos, salvo em casos de incontestável interesse público e quando esgotadas todas as outras possibilidades de apuração; (...)”

Código de Processo Penal, os meios ordinários de prova estão previstos nos artigos 158 e seguintes, sendo nominados na ordem a seguir: exame de corpo de delito e perícias, interrogatório do réu,¹⁵³ reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, indícios e busca e apreensão. Tais meios de prova não são taxativos, uma vez que a norma legal permite a busca da verdade real por outras formas, além dos legalmente previstos, desde que não afrontem direitos indisponíveis ou a própria lei. É o que se denomina princípio da liberdade probatória.¹⁵⁴

Por sua vez, documento pode ser conceituado como algo que, formado em decorrência de um fato, possui a capacidade de fixar, de forma indeterminada no tempo, uma representação verbal ou gráfica.¹⁵⁵ Para Arruda Alvim, documento não se destina tão-somente a fixar indelevelmente o pensamento, que é a sua utilização mais comum; mas, sim, é também destinado a fixar duradouramente um fato, ideia esta mais ampla e compreensiva que a anterior.¹⁵⁶ Carolina Sanchis Crespo relaciona o conceito de documento com o de instrumento, uma vez que em sua conceituação trata o documento

¹⁵³ Não há consenso na doutrina a respeito da verdadeira natureza jurídica do interrogatório: se efetivamente meio de prova ou defesa. O legislador processual penal optou por considerá-lo *meio de prova*. Reconhece, entretanto, Fernando Capez, ob. cit., p. 262, que “a doutrina mais avisada, seguida pela jurisprudência mais sensível aos novos postulados ideológicos informativos do processo penal, tem reconhecido o interrogatório como meio de defesa, i.e, como ato de concretização de um dos momentos do direito de ampla defesa, constitucionalmente assegurado, qual seja, o direito de autodefesa”. Conclui dizendo que tem prevalecido a natureza mista do interrogatório, sendo aceito como meio de prova e meio de defesa. (STJ, REsp n. 60.067/SP, DJ 05/02/96). Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, p. 357, o define como meio de defesa e fonte de prova. Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 200, afirma que “quer como ato de defesa, quer como ato instrutório, o interrogatório está mal regulado no Código vigente. Como ato de defesa porque vem antes da nomeação ou indicação do defensor. Como ato instrutório porque não admite perguntas, especialmente da parte adversa ou de co-réu”. Com o advento da Lei 40.792, de 2 de dezembro de 2003, houve sensíveis modificações na dinâmica do interrogatório judicial. Segundo o novo texto do artigo 185 do CPP, “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”. Assim, deixa de prevalecer o controvertido posicionamento anterior de que o interrogatório seria ato exclusivo do juiz. Vale mencionar, ainda, o novo texto do artigo 188 do CPP, modificado pela supra aludida lei, segundo o qual após a finalização do interrogatório, o juiz indagará à acusação e à defesa “se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”. Tal inovação insere alguns caracteres do contraditório e ampla defesa no ato do interrogatório, confirmando sua vocação dúplice de meio de prova e ato de defesa.

¹⁵⁴ Eduardo M. Jauchen, ob. cit., p. 35, trata do Princípio da Liberdade probatória em sua obra, qualificando-a como “(...) la posibilidad genérica de que todo se puede probar y por cualquier medio”. Aponta, entretanto, as exceções a tal princípio ao afirmar que não se deve admitir a inserção no processo de provas proibidas pela lei, assim como aquelas que violem as garantias individuais e as “formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso”.

¹⁵⁵ De forma bem interessante, Carlos Alberto Carbone explica que, para ser considerado documento, o objeto precisa reunir três requisitos, sejam eles: “1) Que sea una cosa com aptitud representativa formada mediante un acto humano com o sin intención para ello que por lo general son cosas muebles; 2) que represente un hecho cualquiera; 3) que contenga una significación probatoria.” *Grabaciones, escuchas telefônicas...*, p. 144

¹⁵⁶ Arruda Alvim, *Manual de Direito processual civil*, p. 448.

como “*una cosa material, mueble, que leva incorporado um código, um tipo de lenguaje*”. Afirma, ainda, que o documento, por ser suscetível à apreensão física, pode ser levado, se necessário, à presença judicial.¹⁵⁷

Por isso se diz que a prova documental se caracteriza por possuir um sujeito, um meio para ser levada ao conhecimento do julgador e um conteúdo. O sujeito é a pessoa que forma ou cria o documento, independentemente da forma como o faça, se por meio de escrita, gravações audiovisuais, fax etc. Se for público e manifestado na forma escrita, o documento goza de presunção de legitimidade.

Quanto ao meio do qual se vale a prova documental, refere-se aqui à forma pela qual poderá esta ser levada ao âmbito do processo. Regra geral a prova costuma ser móvel, mas também é possível a existência de prova localizada em coisa imóvel, como uma transcrição ameaçadora em muro ou parede de casa semidestruída. No primeiro caso, pode ser encaminhada diretamente ao conhecimento do julgador. Nesse último caso deve ser complementada por outra forma, como fotografia ou filmagem.

Por fim, o terceiro pressuposto diz respeito ao conteúdo, ou seja, a prova documental deve representar um fato qualquer, necessário e pertinente à comprovação do que se alega.

No direito civil brasileiro, o documento possui tratamento especial, sendo mencionado em diversos dispositivos como sinônimo de instrumento. Assim, o artigo 212, inciso II, do Código Civil afirma que o documento é uma das formas de comprovação do fato jurídico. Por outro lado, em seu artigo 183, afirma que “a invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este se puder provar por outro meio”. Em diversos outros dispositivos, o legislador civil trata como se sinônimos fossem as expressões documento e instrumento, como no artigo 218, em que “os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos público, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato”.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 232, conceitua documento como “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Carolina Sanchis Crespo, *La prueba por soportes informáticos*, p. 48.

Em realidade, entende-se como mais acertado proceder à distinção entre os conceitos de documento e instrumento. Enquanto o documento consiste na fixação duradoura de um fato para produção de efeitos futuros, o instrumento diz respeito ao suporte material onde é fixado ou apresentado a terceiros o conhecimento do fato. Ressalte-se que Jauchen também efetua tal separação, porém de outro modo, uma vez que faz a distinção entre o documento e seu conteúdo. Sob tal aspecto, o professor argentino trata documento como sinônimo de instrumento, destacando-o da declaração de vontade contida no mesmo, entendida, esta, como conteúdo daquele.¹⁵⁹ De qualquer modo, essa distinção é apenas conceitual, mas extremamente útil no presente trabalho, em que se procura distinguir o instrumento ou suporte da prova daquilo que consiste precisamente na declaração de vontade contida no mesmo.

Mirabete opta por ignorar essa distinção, preferindo dividir o documento em seus sentidos *amplo* e *estrito*. Segundo o autor, documento, em sentido amplo, “é o objeto idôneo a servir de prova, que inclui não só o escrito, mas também objetos outros, como fotografias, filmes, discos etc.”. Por sua vez, em sentido estrito define-o como “toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica”.¹⁶⁰ Magalhães Noronha prefere não fazer distinção entre conceito de documento em suas diversas acepções, uma vez que afirma que “a prova documental, hoje, não se limita ao escrito, pois, a seu lado, existem a fotográfica, a fonográfica e a cinematográfica”.¹⁶¹

Em que pese a maioria dos documentos vir instrumentada em escritura de papel, existe atualmente, em escala cada vez maior, um sem número de instrumentos probatórios que, sem serem escritos, documentam de modo mais eficaz e fiel os fatos e circunstâncias que ocorrem na vida real e que são invocados como provas no processo. Dentre esses instrumentos podem ser mencionadas as fotografias, as fitas de áudio e vídeo, os CDs e DVDs além dos meios informáticos.¹⁶²

¹⁵⁸ Paulo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, trad. De Alexandra Martins e Daniela Mróz, p. 194, define documento sob seu aspecto de *conteúdo probatório* como sendo a “representação de um fato incorporado a uma base material”.

¹⁵⁹ Eduardo M. Jauchen, ob. cit., p. 489

¹⁶⁰ Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., p. 245.

¹⁶¹ E. Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, p. 128

¹⁶² Carolina Sanchis Crespo, ob. cit., p. 48 lembra com propriedade que “*El soporte físico del documento há variado mucho com el paso del tiempo. Historicamente fueron soportes corrientes las tablillas de piedra, arcilla o madera, los papiros y pergaminos, hasta que se llegó al papel. Actualmente, y desde*

4.4.1. Prova por filmagem com natureza jurídica de prova documental

As provas geralmente oferecidas pelas partes no processo limitam-se às testemunhais e documentais. Em regra, a testemunha relata no processo os fatos que presenciou ou, de algum outro modo, tomou conhecimento. Consiste em um meio probatório de reconhecida eficiência, mas sujeito às vicissitudes psicológicas próprias do ser humano.

Vale lembrar que, apesar de sua subjetividade, as opiniões próprias e valorações a respeito do fato efetivadas pela testemunha não possuem qualquer valor probatório. Por outro lado, a prova documental possibilita a materialização de uma atividade humana com relevância para o processo. Daí a necessidade de se precisar seu alcance exato. Dentro desse aspecto, este meio de prova deve ser compreendido em seu sentido mais amplo, incluindo os documentos fornecidos por meio das modernas tecnologias, como fitas de áudio e vídeo, além dos documentos eletrônicos, até aqui não mencionados - posto não fazerem parte do presente estudo - e outros suportes ou instrumentos sobre os quais se assenta a informação ou declaração de vontade.¹⁶³

Partindo-se de tais argumentações, deve-se entender a prova produzida por instrumentos de filmagem como parte do rol de provas documentais, aplicando-se à mesma, por óbvio, todas as regras previstas em lei (artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal), no que se refere à sua forma de apresentação e admissibilidade no processo. Quando, porém, as imagens referirem-se a uma mera circunstância do fato delituoso, como, por exemplo, a gravação do suspeito de crime de roubo, momentos antes do fato, com uma arma nas mãos, assume natureza de prova indiciária, devendo ser, nesta hipótese, analisada nos termos do artigo 239 do Código Processual Penal.

hace ya algunos años, se está dando paso a otro tipo de soportes como los fotográficos, los magnéticos, y más recientemente, los ópticos.”

¹⁶³ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 391, afirma que o documento, como coisa representativa que é, “não existe no estado natural, mas necessariamente se forma das atividades do seu autor sobre uma coisa. Mais que uma coisa, o documento é um *opus*, resultado de um trabalho e, como tal, se apresenta materialmente sob certa *maneira*, ou por certo *meio*. Com efeito, normalmente, os documentos tomam corpo no papel em que são *escritos* ou ainda, por exceção, na tela, na cera, na pedra, no metal, na madeira e coisas semelhantes. A representação, entretanto, também pode fazer-se por *sinais gráficos*, diversos da *escrita*, como ocorre com desenhos, plantas, projetos, modelos, cartas topográficas etc. (...) Mas o fato pode representar-se na coisa representativa diretamente, sem primeiro passar pela mente do sujeito do fato representado, como se dá com a *fotografia*, a *fonografia*, a *cinematografia* etc., que também são documentos.”

Na análise da prova documental é importante que se proceda à distinção do documento como meio de prova e como objeto de prova. O documento é meio de prova quando sua utilização no processo ocorre com base nos atos ou fatos que estejam nele contidos. Neste caso, o que sobleva é o fato ou ato documentado, não o suporte material que o abriga. Porém, quando o que interessa não é o conteúdo do ato em si, mas sua materialidade, seja em hipóteses em que haja dúvidas acerca de sua autenticidade ou quando seja o próprio suporte material o corpo de delito, passa a ser considerado como objeto de prova.¹⁶⁴

Nesse sentido é a lição de Javier Pascua, o qual considera a captação de filmagem, como meio de prova, possuidora de natureza preponderantemente documental, assumindo, somente em algumas circunstâncias, natureza de prova indiciária. A seguir, sua lição:

[...] una filmación o grabación sonora ordenada y controlada por el magistrado preventor o em ciertos casos por los particulares será siempre una prueba documental, que podrá ser directa, real y/o personal, si de ella emerge diáfanaamente el hecho delictuoso (por ejemplo: la filmación del iter criminis, desde los actos preparatorios hasta su consumación, o de alguna de sus etapas, de un homicidio o de un robo, o la grabación del pedido de rescate en un secuestro extorsivo), o bien meramente indiciaria si sólo se refiere a una circunstancia inducida o deducida de la misma (por ejemplo: filmación del sujeto activo del delito trasladándose momentos antes del robo en el mismo auto que se viera en la puerta del acceso al local en el que se produjo el asalto).¹⁶⁵

4.4.2. Prova por filmagem e seus instrumentos tecnológicos

O tema referente à aceitação, ou não, de provas processuais produzidas por meio de imagens, acompanhadas ou não de áudio, revela-se complexo, principalmente em

¹⁶⁴ Eduardo M. Jauchen, ob. cit., p. 489.

¹⁶⁵ Francisco Javier Pascua. *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones*, p. 74.

países como o Brasil onde inexitem normas regulamentadoras a respeito do uso de câmeras e sua aceitação no âmbito do processo.

Evidentemente, a utilização de câmeras para documentação de um crime e, especificamente, de câmeras ocultas, implica no surgimento de diversos fatores éticos e morais que transformam sua admissibilidade no processo em claro dilema, tanto para o julgador como para quem produz a prova, notadamente para a acusação.

As mencionadas câmeras ocultas vêm se tornando cada vez menores, mais baratas e eficientes, existindo desde aquelas que se escondem em pastas de executivos até os minúsculos e ultrassensíveis equipamentos que podem ser instalados em armações de óculos, tudo isso sem que os interlocutores percebam que estão sendo filmados.

Adota-se, atualmente, a tecnologia do vídeo digital, o qual autoriza a realização de pesquisas e vinculação de dados com maior facilidade e eficácia. Utilizando-se dos vídeos digitais, os investigadores têm meios de recuperar quase instantaneamente imagens de todas as pessoas que passaram por uma porta em determinado dia ou de pessoas que estiveram em uma repartição pública ou mesmo em estabelecimentos comerciais durante certa hora do dia.

Não é só. As imagens do vídeo digital podem ser transmitidas quase instantaneamente por meio de redes de informática, possibilitando aos agentes policiais visualizar as imagens diretamente em seu veículo de patrulha, fato que autoriza prévia análise da situação e, conseqüentemente, a tomada de decisões antecipadas a respeito da melhor forma de repressão ao delito. Essa modernidade supera, em muito, a tecnologia do vídeo analógico, cujas imagens são armazenadas em superadas fitas de vídeo, lentas e de difícil manuseio em comparação aos modernos sistemas de armazenamento em suportes de DVD ou CD.

Os novos equipamentos tecnológicos, que anteriormente eram vistos apenas em filmes de ficção, hoje fazem parte do cotidiano do indivíduo. No mercado de espionagem o sistema de vigilância por microcâmeras é o mais popular. Ruas inteiras são monitoradas em grandes centros. De igual modo os túneis, edifícios comerciais e residenciais, escolas, hospitais, repartições públicas etc. Como o desenvolvimento

tecnológico é aparentemente infinito, compete ao legislador regulamentar o uso destes equipamentos e, ainda, legislar a respeito das eventuais hipóteses em que sua produção será admitida no processo ou não, especialmente no processo penal.

Mais importante que tudo isso diz respeito à necessidade de se normatizar claramente as hipóteses em que a colocação de câmeras ocultas viole a intimidade e privacidade do indivíduo, devendo estabelecer as penas pertinentes à sua violação.¹⁶⁶ Justifica-se tal providência uma vez que a Constituição Federal garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada e imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização por eventual dano material ou moral decorrente de sua violação (cf. artigo 5º, inciso X da Constituição Federal).

4.4.3. Prova por filmagem e a principal dificuldade de ordem técnica para sua aceitação em juízo.

Na instrução processual penal a finalidade buscada pelo juiz, promotor de justiça e defesa no manejo das provas diz respeito à reabilitação histórica dos fatos que culminaram na consumação do crime. Para tal mister são coletados depoimentos testemunhais e analisados documentos, podendo ainda haver a produção de outros meios de prova. A grande vantagem dos novos instrumentos probatórios, notadamente a prova por filmagem, é a de que praticamente se dispensa a reconstrução histórica dos fatos, uma vez que os mesmos são vislumbrados, no vídeo, exatamente como ocorreram, proporcionando ao juiz maiores elementos de certeza na decisão da lide, seja para condenar ou absolver o réu.

Mesmo diante de tal vantagem, há que se destacar o principal embaraço para a admissibilidade e eficácia deste instrumento probatório. Fala-se aqui não no aspecto que concerne à violação de direitos constitucionais referentes à intimidade e privacidade do indivíduo, mas no que respeita à elevada possibilidade de alteração e reinscrição dos dados e gravações contidas no suporte documental (fita, CD, DVD etc.)¹⁶⁷. Nessas

¹⁶⁶ Tramita no Senado Federal tímido Projeto de Lei, sob número 181, de 1999, o qual acrescenta o artigo 150-A ao Código Penal, prevendo pena de detenção de um a seis meses ou multa àquele que “violou a intimidade de outrem, pela divulgação de fato, imagem, escrito ou palavras de caráter privado”.

¹⁶⁷ Hipótese interessante e recente diz respeito ao ferimento à bala provocado em uma estudante nas dependências de uma universidade localizada no Rio de Janeiro, fato ocorrido em 05 de maio de 2003.

hipóteses há um natural receio quanto à aceitação de tal prova, notadamente em virtude da extrema facilidade que a tecnologia faculta, no sentido de se proceder à manipulação das imagens e áudio, ou mesmo regravação ou inserção de novos dados no suporte. É o que se denomina montagem da gravação.

Não é só. Não se nega a possibilidade de investigadores de má-fé filmarem, a certa distância, pessoa parecida com aquela objeto da investigação, além de vesti-la com roupas semelhantes de forma a forjar prova falsa.

Essas hipóteses reduzem, obviamente, a segurança e confiabilidade das provas produzidas por meio da captação de imagens, em especial porque o documento somente pode ser considerado autêntico quando estiver absolutamente íntegro em seu conteúdo, ou melhor, quando não houver sofrido qualquer alteração que possa comprometer a segurança jurídica e crédito que do mesmo emane.¹⁶⁸

Deste modo, é possível concluir que a autenticidade do documento está intimamente vinculada à sua inalterabilidade. Nas palavras de Lidia Viggiola e Eduardo Molina Quiroga “*um documento será más seguro quanto más difícil sea alterarlo*”.¹⁶⁹

Admite-se que o papel consiste em um instrumento documental adequadamente seguro tendo em vista a natural dificuldade que existe em proceder à alteração das inscrições apostas no mesmo.

Apesar do afirmado, porém, os fatos têm demonstrado ser possível a falsificação de documentos que usam o suporte material consistente em papel, como ocorre, por

Conforme se observou no referido caso, o sistema interno de videovigilância da escola gravou o momento em que a estudante era atingida pelos tiros. Entretanto, sem que se saiba por qual razão, as cópias das gravações enviadas à polícia para investigação encontravam-se adulteradas, tendo sido suprimidos cerca de dez minutos do total de gravações, omitindo-se fatos como o ponto de onde teria sido disparado o tiro (Jornal O Estado de São Paulo, edição de 16 de maio de 2003, caderno Cidades). Tal fato proporcionou uma desconfiança inicial no sentido de que o disparo teria sido feito de uma favela das proximidades, hipótese logo abandonada pelos estudos periciais, os quais demonstraram ter o disparo sido feito de dentro da universidade. Tal fato apenas corrobora as assertivas daqueles que repudiam a utilização de tais espécies de provas no processo penal, face à facilidade com que se admite a supressão ou mesmo a incorporação de dados no suporte fita ou CD.

¹⁶⁸ Em outras palavras, tal conceito é o mesmo do Código de Processo Penal, o qual exige, como *plus para* a declaração de autenticidade a certidão do tabelião. Segundo o artigo 369 de tal diploma processual “reputa-se autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença”.

¹⁶⁹ Lúcia E. Viggiola e Eduardo M. Quiroga, *Valor probatório de los documentos emitidos por sistema informático*. Disponível em <<http://www.aaba.org.ar/bi151303.htm>>, acesso em 20.6.2007.

exemplo, nos casos de falsificação de dinheiro ou de assinaturas grafadas em títulos ou, ainda, de outros documentos públicos ou particulares.

Sobre a autenticidade de documentos, Lopes Barja, citado por Carlos Alberto Carbone, explica que *“no solo la voz, sino también la letra o la firma estampada en el documento y la propia imagen através de fotografías pueden ser manipuladas, alteradas o falsificadas, problema que a estos fines se deberá resolver por las pruebas periciales pertinentes”*.¹⁷⁰

Conclui-se, então, que a autenticidade e segurança da prova documental não consistem em características próprias do suporte escrito, uma vez que tal modalidade de documento, assim como outra qualquer, está sujeita a fraudes e manipulações inescrupulosas, devendo, o documento, no instante de sua apresentação em juízo, receber a valoração adequada do julgador em relação à sua validade, independentemente do suporte material no qual ele encontra-se registrado.

Alguns cuidados serão necessários para se cercar a prova por imagens de maior autenticidade. Assim, incorporada a prova no processo, nada impede que o julgador, para tomá-la em conta na decisão, ouça a respeito a pessoa gravada. Assim, além de obviamente poder manifestar-se a respeito, estará assegurado o respeito ao contraditório. Além disso, poderá o juiz inquirir testemunhas, que poderão depor a respeito dos fatos e das circunstâncias em que se deu a captação das imagens. Se ainda assim houver dúvidas a respeito dessa autenticidade, a prova pericial poderá auxiliar o julgador, conferindo validade – ou não – ao mencionado elemento probatório.

Essa *necessidade de complementariedade*¹⁷¹ da prova por imagem demanda a coexistência de elementos de prova coadjuvantes. Desse modo, a presença da testemunha pode confirmar aspectos demonstrados no vídeo, como, por exemplo, o lugar onde foram produzidas as imagens; se havia outras pessoas no referido local; se presenciou algum ato de constrangimento físico ou psicológico que possa invalidar a prova, além de tantas outras particularidades que se apresentarem necessárias ao caso concreto como forma de validação da prova audiovisual produzida.

¹⁷⁰ Carlos Alberto Carbone, *Grabaciones, escuchas telefônicas...*, p. 151.

¹⁷¹ *Idem*, p. 167/168.

4.5. GRAVAÇÃO DE IMAGENS. HIPÓTESES DE CAPTAÇÃO

Em sua obra, Javier Pascua,¹⁷² trata do tema referente a gravações sub-reptícias de áudio e vídeo. No texto, o magistrado argentino analisa as diversas classes de captação de sons e imagens, concluindo por especificar hipóteses de validade ou não de tais instrumentos de prova. O tema, por constituir-se em novidade no mundo jurídico e, por consequência, ser pouco explorado, merece análise cuidadosa, sendo o que se pretende neste trabalho.

No presente tópico serão analisadas as gravações de imagens deliberadas ou predeterminadas, sendo necessário lembrar que o contraponto a tais espécies de gravações refere-se àquelas captadas de forma casual ou fortuita, aspecto que não faz parte do trabalho em pauta.

No âmbito das gravações deliberadas estão aquelas produzidas por câmeras de segurança, câmeras ocultas, com ou sem autorização judicial e, finalmente, as gravações produzidas por particulares que circulam em meio a acidentes, desastres naturais ou qualquer outro local, à procura de imagens com relevância e interesse público (denominados popularmente de caçadores de imagens).

Por outro lado, as gravações fortuitas ou casuais dizem respeito a filmagens efetivadas acidentalmente, ou seja, sem que haja efetivo interesse por parte do agente em proceder à captação do evento específico e, sim, de outro qualquer. Desde que demonstre alguma relevância jurídico-processual, referidas imagens devem ser consideradas, inclusive, no âmbito processual. Javier Pascua cita como exemplo a filmagem realizada por um turista no dia 11 de setembro de 2001, o qual captou o exato instante em que houve a colisão da primeira aeronave no *World Trade Center*, em Nova York.¹⁷³

¹⁷² Francisco Javier Pascua, *Escuchas telefônicas...*, p. 135-157.

¹⁷³ Francisco Javier Pascua, ob. cit., p. 158, nota 20. O autor cita, ainda, outros exemplos, como no caso da gravação de um vídeo em reunião familiar quando, de repente, ocorre uma discussão entre os presentes, redundando na prática de crime. Finalmente, Pascua cita o exemplo de um caçador de imagens que filma o transbordamento de um rio e, casualmente, capta imagens do sujeito que subtrai objetos do interior de um automóvel abandonado no local por seu proprietário. Em todas essas hipóteses, não se caracterizando violação à intimidade de quem quer que seja, tais imagens deverão ser admitidas como prova no processo.

4.5.1. Gravações deliberadas de imagens

Gravações deliberadas de imagens consistem naquelas cujas câmeras são previamente instaladas em determinados locais, públicos ou privados, visando a documentação de fatos ou gestos, lícitos ou ilícitos, de pessoas, que podem ou não estar cientes de ser objeto de gravação.¹⁷⁴

Javier Pascua denomina referidas gravações como *ex-profeso*, definindo-as como aquelas que se propõem a servir como um:

*[...] registro documental periodístico o de investigación, o como mecanismo de prevención y seguridad, o quando existen, previamente, indícios sérios y fundados que permitan sospechar que em um lugar determinado va a ser cometido o se está cometiendo um hecho delictivo, a los efectos de su registro a través de la imagen y de ser posible también de su sonido, para su posterior introducción al proceso penal como médio de acreditación de la plataforma fáctica delitual.*¹⁷⁵

As formas mais comuns de captação de imagens deliberadas, como não poderia deixar de ser, são aquelas produzidas por câmeras de segurança, instaladas principalmente em vias públicas e estabelecimentos comerciais, além das já mencionadas e polêmicas câmeras ocultas, que podem ser instaladas com ou sem autorização judicial.

Segue uma análise a respeito de tais instrumentos de prova.

4.5.2. Imagens geradas por câmeras de segurança

¹⁷⁴ Interessante caso de captação de imagem em local público e sem autorização da pessoa gravada foi documentado pelo site *Consultor Jurídico*. Segundo a notícia, durante a gravação de um vídeo denominado *Burnfights* - vendido pela internet - com imagens de brigas e discussões entre sem-tetos americanos, um mendigo teria sido filmado após sofrer a agressão de uma mulher. Após tomar conhecimento da filmagem, o mesmo ingressou com uma ação de indenização perante uma Corte de San Diego, na Califórnia, alegando que os produtores do vídeo teriam violado seu direito à privacidade, tendo sofrido “humilhações e medos” em virtude da filmagem. Em janeiro de 2003, a Corte de San Diego decidiu que não havia embasamento legal para levar o processo adiante. Mais informações a respeito disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <<http://conjur.uol.com.br/view.cfm?id=17336&ad=c>> acesso em 10.3.2003.

¹⁷⁵ Francisco Javier Pascua, ob. cit., p. 141.

A instalação de câmeras de segurança em ambientes públicos e semipúblicos¹⁷⁶ tem experimentado uma incrível popularização nos últimos tempos. Por óbvio, a inflação de tais equipamentos em áreas urbanas deve-se ao excessivo incremento da violência, notadamente no que diz respeito à prática de crimes contra o patrimônio. Por tal razão, tornou-se comum a instalação de microcâmeras em lojas de comércio, escolas, hospitais, repartições e vias públicas, entradas de edifícios residenciais, além de outros locais onde se desenvolve qualquer atividade que, de alguma forma, possua visibilidade econômica.¹⁷⁷ Essas espécies de câmeras são vocacionadas a servirem como prevenção à prática do delito, uma vez que atuam como fator de intimidação ao eventual autor do crime, cuja imagem será facilmente identificada a partir das gravações efetivadas. Nessas hipóteses, a captação de imagens faz-se de forma ostensiva, inclusive, em muitos casos, alertando-se, por meio de avisos, aos frequentadores do local, que os mesmos estão sendo objeto de filmagem. Esta é uma forma de prevenir condutas pessoais impróprias ao ambiente filmado ou mesmo a prática de eventuais ilícitos.

4.5.3. Imagens geradas por câmeras de segurança e a intimidade do indivíduo

O direito à intimidade, garantido no artigo 5º, inciso X da Carta Federal deriva de um dos fundamentos do Estado, ou seja, aquele que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana, preconizado no artigo 1º, inciso III da Magna Carta. Esse direito,

¹⁷⁶ Pontos comerciais como shopping centers, galerias e lojas em geral, assim como caixas eletrônicos de saque automático, bancos, lojas de conveniência, edifícios de escritórios e hospitais particulares etc. são considerados espaços semipúblicos, uma vez que consistem em propriedades privadas, porém locais onde trafegam, sem obstáculos, um número indeterminado de pessoas.

¹⁷⁷ Interessante caso foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no *habeas corpus* n. 16.153/RJ. Neste caso concreto, o proprietário de um estabelecimento comercial, depois de alertado de que algumas funcionárias estariam se apropriando de valores referentes a pagamentos efetuados por clientes, instalou um sistema de videovigilância no local. Ao perceberem que seria descoberto seu delito, as empregadas envolvidas, cientes dos locais onde se encontravam as câmeras de vigilâncias, passaram a simular momentos de privacidade nas proximidades do banheiro feminino, levantando suas roupas e exibindo suas vestes íntimas, tudo isso para criar uma falsa percepção de que o empregador as estaria surpreendendo em momentos de privacidade no interior do banheiro. Posteriormente, uma das empregadas subtraiu duas das fitas que exibiam tais cenas adrede preparadas para, posteriormente, utilizá-las como prova (forjada) em ação cível de indenização contra o empregador. Descoberta a trama, foram denunciadas por prática de crime de tentativa de estelionato em concurso de agentes (artigo 171, *caput* c/c 14, II e 29, todos do Código Penal), sendo que em *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal Superior, o Ministro Hamilton Carvalhido, relator, manifestou-se pelo trancamento da ação penal, uma vez que entendeu não terem sido iniciados os atos de execução do estelionato, o qual consistiria, segundo acórdão, na necessária propositura de ação cível de indenização por parte das mencionadas empregadas. Apenas para complementar, referidas funcionárias não foram denunciadas pelo delito de furto das fitas de vídeo.

grosso modo, poderia ser concebido como a delimitação de um espaço próprio e reservado, garantido ao indivíduo, contra a ação e conhecimento de terceiros, espaço este necessário para certificar ao ser humano uma qualidade de vida condizente com os padrões sócio-culturais da civilização moderna.

Mas o direito à intimidade, assim como todos os outros direitos e garantias fundamentais, não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder diante de outros interesses constitucionais de igual magnitude.

José Laércio Araújo afirma que o direito à intimidade constitui-se em espécie do gênero direitos da personalidade, uma vez qualificado como fundamental, inato e inerente a cada pessoa, no sentido de ser a ela facultado “subtrair-se à publicidade e recolher-se em sua própria reserva.”¹⁷⁸

Ao contrário do brasileiro, o legislador espanhol procurou regulamentar a norma constitucional que garante o direito à intimidade do indivíduo através da Lei Orgânica n. 1/1982, de 5 de maio. Referida norma, em seu artigo 7º, considera intromissão ilegítima à garantia da intimidade do indivíduo, entre outros, a instalação de equipamentos de escutas, de filmagem ou de qualquer outro meio com aptidão para gravar ou reproduzir a vida íntima das pessoas, exceto quando autorizado por estas ou judicialmente.¹⁷⁹

¹⁷⁸ José Laércio Araújo, ob. cit., p. 49, distingue tais direitos em duas espécies. Segundo afirma, existem os direitos da personalidade de *natureza física*, ou seja, direito à vida e integridade física, direitos sobre as partes destacáveis do corpo humano e direito ao cadáver; e direitos da personalidade de *natureza moral*, dentre os quais qualificam-se o direito à intimidade, à liberdade, à honra, à inviolabilidade psíquica, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.

¹⁷⁹ Por sua importância, vale a pena transcrever na íntegra, referido dispositivo: “**Artículo 7.** *Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2. 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. 7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*” Apenas a título de ilustração, o artigo 8.2 da referida norma estipula que não serão consideradas intromissões ilegítimas a

O mesmo legislador espanhol regulamentou, ainda, por meio da Lei Orgânica n. 4/1997, a utilização de câmeras de vigilância em locais públicos. Esta norma permite a gravação de imagens e sons em lugares públicos, abertos ou fechados, com a finalidade de combater a prática de atos de violência em tais locais, uma vez que previne o exercício de delitos intimidando eventuais delinquentes (artigo 1º). Fixa, ainda, aludida norma, os requisitos necessários para a instalação das câmeras, determinando, em seu artigo 4º, que:

[...] para autorizar la instalación de videocámaras se tendrán en cuenta, conforme al principio de proporcionalidad, los siguientes criterios: asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus acesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana y prevenir la causación de daños a las personas y bienes.

Note-se, ainda, que a instalação de câmeras em locais públicos deverá ser precedida de autorização de um órgão colegiado presidido por um magistrado e composto por outras autoridades públicas (artigo 3º da LO 4/1997).

Estando previstas em lei as hipóteses onde se admite a instalação desses equipamentos, eventual captação de imagens por câmera não autorizada legalmente não poderia ser utilizada como prova em processo criminal, uma vez que não estariam atendidas as normas legais, acarretando, por conseguinte, a ilegalidade da prova e sua nulidade no âmbito do processo.

No Brasil, apesar da proteção constitucional conferida a aspectos como a dignidade da pessoa humana e seus derivados, dentre eles os direitos à intimidade e privacidade, inexistente norma infraconstitucional que regule as hipóteses e casos em que serão admitidas as captações de imagens por câmeras de videovigilância como prova no processo.

Não obstante a omissão legislativa nessa matéria, não há como negar que existe atualmente, no Brasil, uma verdadeira disseminação de tais equipamentos de segurança,

captação, reprodução ou publicação, por qualquer meio, de imagens referentes a pessoas que exerçam função pública ou profissão de notoriedade pública se a imagem for captada durante ato público ou em lugares abertos ao público.

os quais são instalados sem maiores dificuldades em diversas espécies de ambientes públicos e semipúblicos (bancos, *shopping centers* etc.).

Isso posto, e, diante dessas afirmações, pergunta-se: as captações de imagens produzidas por câmeras de vigilância, instaladas em vias públicas, prédios públicos ou semipúblicos ofendem a intimidade do indivíduo?

A resposta mais coerente é negativa. E não poderia ser de outra forma. O fim precípua de tais captações de imagens não consiste – nem poderia ser diferente – na prática de *bisbilhotagem* generalizada na vida e cotidiano das pessoas e, sim, em simples visualização ou observação de determinado local, motivado por interesses como segurança e investigação prévia de eventuais práticas criminosas.

Sendo difusa a visualização, uma vez que não se direciona a determinada pessoa em particular, não há que se falar em violação da intimidade, a qual existiria se a captação de imagem fosse específica e direcionada a pessoas previamente indigitadas, suspeitas ou não de práticas delituosas.

4.5.4. Câmeras de segurança e ambiente de trabalho

A instalação de câmeras de segurança em lojas, indústrias e repartições públicas proporcionou, como primeira consequência, o incremento na segurança desses locais, uma vez que apresenta inegável caráter intimidativo contra eventual prática de crimes – especialmente os crimes contra o patrimônio público – em lugares assim.

Em um segundo momento, referidas técnicas de videovigilância passaram a ser direcionadas não apenas como fator de prevenção contra ataques de terceiros, mas em relação aos próprios empregados. Assim, surgiu uma nova e eficiente arma que, bem utilizada pelo patrão, auxiliava-o a controlar eficazmente o ritmo, a frequência e o modo de trabalho de seus trabalhadores: a videovigilância laboral. A respeito de tal prática, Sandra Lia Simon lembra que a mesma não encontra óbices na legislação

infraconstitucional, porém toca na ferida: “a polêmica diz respeito à invasão da intimidade e da vida privada do empregado constantemente filmado ou ouvido”.¹⁸⁰

Já se mencionou que a garantia de respeito à intimidade não configura direito absoluto, como não o é nenhum dos direitos fundamentais do indivíduo, pois qualquer desses direitos pode ceder sempre que, dentro de critérios de proporcionalidade, deparar-se com outros direitos constitucionais de igual relevância.

Compete ao empregador, dentre outras faculdades, a de estipular medidas que considere mais oportunas de vigilância e controle sobre o cumprimento, pelos trabalhadores, de suas obrigações laborais. Esta faculdade, porém, deve ser utilizada, por mais óbvia que seja tal afirmação, dentro de parâmetros de respeito à intimidade do trabalhador, princípio que atua como corolário de um dos fundamentos do Estado brasileiro, ou seja, o da dignidade da pessoa humana.

Quando se fala, porém, em direito à intimidade do trabalhador, deve ser entendido que tal garantia implica gradações, ou seja, a proteção conferida pela norma constitucional à intimidade do indivíduo deve ser apreciada de modo diverso quando diga respeito à sua vida pessoal e familiar em cotejo com sua vida social e profissional. Isso significa que a proteção que se confere à sua intimidade é gradativamente menor quanto maior for sua exposição pública.

Não poderia ser, por óbvio, diferente, principalmente por causa da maior gama de interesses que diz respeito ao indivíduo em suas relações sociais, profissionais e, ainda, políticas.

Ainda que instigante esse tema, não se deve permitir uma maior dispersão em relação ao ponto central da presente discussão, isto é, o que diz respeito à câmera de vigilância em ambientes de trabalho.

Como premissa básica não se deve entender o local de trabalho como um ambiente onde se exerça em sua plenitude o direito à intimidade por parte dos trabalhadores, de forma tal que as relações profissionais que o empregado exerça com seus patrões, colegas de serviço e clientes, no exercício de suas atividades laborais, não

¹⁸⁰ Sandra Lia Simon, ob. cit., p. 151.

encontra amparo no dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição.

Mas tal liberalidade encontra limites, uma vez que, no âmbito laboral do indivíduo, há lugares ou circunstâncias onde deve ser resguardado seu direito à intimidade. São os locais de descanso, refeitórios, lavabos e vestiários. Não é razoável nem aceitável a instalação de câmeras de segurança nesses lugares notadamente porque em tais hipóteses, regra geral, não se desenvolve qualquer atividade profissional.¹⁸¹

Em decisão memorável, a Primeira Sala do Tribunal Constitucional espanhol teve a oportunidade de abordar o assunto por meio da decisão STC 98/2000, de 10 de abril 2000. Nesse julgado, reconheceu-se que, mesmo naqueles locais da empresa onde se desenvolve atividade laboral, a instalação de câmeras de vigilância pode acarretar intromissão ilegítima por parte do empregador no direito à intimidade do trabalhador, conforme se observa:

No se puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo. En suma, habrá que atender no sólo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (p. ej.: si la instalación se hace o no

¹⁸¹ Sandra Lia Simon, ob. cit., p. 152, ensina que “...se o objetivo da instalação dos equipamentos audiovisuais é o controle da atividade laboral, os aparelhos devem ser colocados apenas nos locais em que o trabalho é desenvolvido, excluindo-se aqueles que servem para descanso ou uso exclusivo do trabalhador, tais como banheiros, refeitórios, cantinas ou salas de café. Se o objetivo da instalação é a segurança, a colocação dos aparatos deve limitar-se aos locais de acesso de pessoas estranhas ao serviço. Ademais, em qualquer das duas hipóteses, a ‘filmagem’ não pode ser sorrateira, nem ter a conotação de estar servindo para ‘espionar’ os empregados. Por isso, eles devem ter ciência da instalação do equipamento, para poderem evitar qualquer tipo de situação inocente, mas constrangedora, que passaria despercebida se inexistisse o referido controle. Admitido o controle por equipamentos audiovisuais, informando-se os trabalhadores da adoção de tal sistema, a observação de mais uma medida fará preservar o direito à intimidade e à vida privada: a efetivação do ‘controle sobre os métodos de controle’. Segundo José Manuel Del Valle Villar, esse controle deveria ser realizado pelos ‘controlados’, através de representantes dos trabalhadores, fossem eles das comissões de fábrica, dos sindicatos ou escolhidos pelos empregados exclusivamente para esse fim”.

indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Ciertamente, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores e análogos resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias (amén de que puede lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del Comité de empresa o de las secciones sindicales)."

182

Aparentemente, essa decisão encontrou eco nos tribunais brasileiros. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho deliberou que a colocação de câmeras de vídeo em banheiros e vestiários atinge a intimidade dos trabalhadores, configurando constrangimento ilegal e justificando a reparação dos danos morais. É a seguinte a ementa:

“Constitui fundamento do Estado brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana, que informa todas as relações sociais e alcança a relação contratual trabalhista; o ato praticado pelo preposto, no local de trabalho e no exercício de suas funções, em razão das quais, a pretexto de proteção ao patrimônio do empregador, determina a instalação de câmera de vídeo em banheiro e vestiário feminino, acarreta a responsabilidade objetiva do empregador.”^{183, 184}

¹⁸² Tal decisão pode ser conferida na íntegra no seguinte endereço eletrônico: <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo311.asp>, acessado em 15.8.2003.

¹⁸³ TST, AIRR n. 730/2005-002-04-40.9, DJU 04/05/2007.

¹⁸⁴ Em assunto semelhante, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu: “[...] **Ação reparatoria por danos morais. Preliminares. Instalação de microcâmera de vídeo em banheiro utilizado pelas empregadas da pessoa jurídica. Gratuidade judiciária.** 1. Se empregado da ré vem instalar microcâmera de vídeo em banheiro utilizado pela autora, para satisfação de sua concupiscência, tal evento não se desloca para a competência absoluta da Justiça do Trabalho, mas sim para a Justiça comum estadual (distrital). 2. Ocorrendo os fatos no interior do estabelecimento comercial da ré,

Pondere-se, porém, que possíveis casos de invasão, por parte do empregador, na esfera de intimidade dos trabalhadores, devem ser analisadas objetivamente em cada caso concreto, de forma que não é impossível, em ocorrendo alguma das circunstâncias expostas, que tal invasão ocorra inclusive, naqueles lugares onde o empregado estiver exercendo atividade laboral própria, como quando for filmado conversando sobre amenidades ou assuntos particulares com algum cliente da empresa ou colega de trabalho. Nessas hipóteses, eventual captação de imagem e utilização da mesma será considerada como intromissão ilegítima à intimidade destes.

Anotadas as exceções acima, não é demais lembrar a existência de um interesse empresarial ao qual a lei deve tutelar e proteger, de forma tal que, não havendo outras maneiras menos agressivas de se garantir a normalidade e segurança das atividades laborais, é perfeitamente admissível a instalação de câmeras de vigilância para controle do trabalho e funções exercidas pelos empregados em suas relações com a empresa e seus clientes,¹⁸⁵ resguardando-se seu direito à intimidade quando em atividades que não se relacionem exclusivamente ao exercício da profissão, mesmo estando o trabalhador nas dependências da empresa.

4.5.5. Imagens geradas por câmeras ocultas

O principal aspecto que diferencia as gravações efetivadas por câmeras de segurança em relação àquelas produzidas por câmeras ocultas, conhecidas no direito americano como *hidden camera*, diz respeito ao caráter de ostensividade que norteia as primeiras. Enquanto as câmeras de vigilância costumam ser instaladas em locais de fácil visibilidade, sendo inclusive noticiada sua presença no local, para que as pessoas saibam que estão sendo filmadas, as *hidden cameras* operam, normalmente, no âmbito

patente sua responsabilidade civil, seja pela culpa *in eligendo*, seja pela *in vigilando*, em relação ao empregado infrator. [...] 5. O dano moral, na espécie, caracteriza-se como *in re ipsa*, ou seja, basta a comprovação do fato para justificar o pedido reparatório.” TJDF, Ap. Cível n. 2003.07.1.024079-5. DJU de 04.10.2005, p. 149.

¹⁸⁵ Em elucidativo julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a questão é melhor explicada: “**Processual. Prova. Imagens captadas por câmera de vídeo instalada em casa comercial, em local de público acesso, com o intuito de controlar a atividade de empregados e clientes. Valor.** Constituem prova lícita as imagens animadas de câmara de vídeo instalada em casa comercial com o intuito de controlar a atividade de empregados e clientes, desde que afixada em local de público acesso, com preservação da intimidade das pessoas, uma vez que se trata de exercício regular de direito do proprietário da empresa.” (TACrimSP, apelação n. 1.242.397/0 – São José dos Campos – 15ª. Câmara – Relator: Carlos Biasotti – 19/04/2001)

da clandestinidade. Javier Pascua conceitua as gravações derivadas de câmeras ocultas como aquelas:

*[...] que se han provisto de antemano para captar intencionadamente también hechos delictivos, rastros o circunstancias vinculadas a él, que pueden ser operadas por particulares (ciudadanos o prensa) o por el propio Estado (fuerzas de seguridad) sin autorización legitimante del órgano judicial, ya sea que la cámara se oculte materialmente en un espacio público del estado (p. ej.: en una plaza) o de particulares abierto ao público (restaurant) o en un ámbito privado (morada), o en el cuerpo o efectos del propio cameraman situado en cualquiera de estos lugares.*¹⁸⁶

O recurso à tecnologia das câmeras ocultas tem se tornado mais comum e usual dentro da denominada imprensa investigativa. Não é demais lembrar que grandes escândalos nacionais, especialmente aqueles relacionados à prática de crimes contra a Administração Pública, somente puderam ser descobertos a partir do recurso de imagens geradas por gravações clandestinas. Diante desse cenário compete, por evidente, ao Judiciário avaliar a gravidade e impacto das imagens obtidas por tais câmeras ocultas e, a partir de critérios de proporcionalidade, decidir se as mesmas são ou não ilegais, o que acarretará sua admissibilidade ou não no processo criminal.

Não se deve desconhecer o entendimento esposado por aqueles que consideram a imagem gerada por câmeras ocultas como tendo natureza de gravação clandestina, fato que lesiona a intimidade e privacidade das pessoas atingidas, impedindo que tal espécie de informação possa ser considerada como meio probatório legítimo. A questão resolve-se, porém, dentro do sistema da proporcionalidade, avaliando-se a dimensão dos interesses em conflito. Exemplificando, estando em discussão o direito à intimidade do indivíduo e a comprovação, através de imagens produzidas por câmera oculta, da prática de crime de peculato, com desvio de grande soma de dinheiro público, cometido por este, é razoável que seu direito à intimidade ceda diante do interesse público prevalente. Assim, deve-se optar pela proteção ao direito que ofereça maior relevância jurídica.

¹⁸⁶ Francisco Javier Pascua, ob. cit., p. 141.

4.5.6. Necessidade de regulamentação das hipóteses em que a captação de imagem por câmera oculta será admitida no processo

Não restam dúvidas de que o sistema judiciário deve, necessariamente, se adequar à realidade social e tecnológica reinante. Pensar de forma contrária seria cultivar a retórica do atraso. As novas ferramentas de produção probatória, especialmente a câmera oculta, oferecem uma possibilidade ímpar de comprovação de fatos delitivos, em particular aqueles que envolvam desvio de verbas públicas ou atos de corrupção em geral, além de outros crimes de natureza grave. E essa comprovação se faz de maneira direta e com objetividade ímpar.

Pertinente seria, ao legislador, encarar essa nova realidade tecnológica e regulamentar as formas em que gravações de vídeo - seja através de câmeras de segurança ou das *hidden cameras* - seriam admitidas como instrumento probatório no processo penal, assim como o fez em relação às gravações de áudio, normatizadas através da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, cujos termos regulamentam os modos e hipóteses de admissibilidade da interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e no processo penal.

Em uma possível normatização das gravações audiovisuais, caberia ao legislador discriminar as hipóteses em que as imagens obtidas por câmeras ocultas teriam aptidão para serem admitidas como meio probatório no processo, considerando as seguintes circunstâncias:

a-) em primeiro plano, o local da intervenção, ou seja, se em lugar privado como moradia e suas dependências, incluindo quintais e jardins, interior de automóvel ou demais propriedades particulares em geral, como chácaras, fazendas etc; ou em locais públicos, como ruas, praças, repartições públicas etc;

b-) em segundo plano, devem ser regulamentados aspectos como a necessidade de autorização judicial para captação de tais imagens e o procedimento a ser adotado para tanto, inclusive como forma de se garantir a idoneidade da gravação e o êxito na coleta da prova. Essa providência mostra-se absolutamente necessária quando houver captação de imagens em áreas privadas, uma vez que deve ser sopesado, dentro de fatores de proporcionalidade, o limite de tal intervenção na intimidade do indivíduo, mesmo em face de decisão judicial legitimadora do ato.

Ainda que seja, a eventual determinação judicial para captação de imagens em local estritamente residencial, medida aparentemente agressiva, não se pode esquecer que, em casos específicos, esse tipo de providência consiste na única forma de documentar práticas criminosas. Como exemplo, poderia ser imaginada hipótese de reunião de agentes públicos, no domicílio de um deles, cuja finalidade seria a de repartir produto de corrupção. Ou gravação de grupo criminoso, reunido na residência de algum de seus integrantes, em pleno ato de discussão sobre formas de distribuição de substâncias entorpecentes no município.

De qualquer forma, independentemente de divagações doutrinárias a respeito do tema, o fato é que, uma vez que existe a tecnologia de gravação de imagens por câmeras ocultas e, havendo a possibilidade de que tais gravações sejam aproveitadas como prova no processo penal, cível ou administrativo, nada justifica a omissão do legislador no sentido de editar lei normatizando claramente as hipóteses em que seriam admitidas judicialmente, como provas processuais, essas espécies de gravações, ou mesmo os casos em que as mesmas não poderiam ser admitidas. Deveria, ainda, o legislador, normatizar outras hipóteses, dentre elas, o procedimento legal para sua posterior inutilização, principalmente naqueles casos em que a imagem gravada não possua maior relevância para o processo.

4.5.7. Utilização de câmera oculta pelo jornalismo investigativo

As chamadas reportagens investigativas tornaram-se cada vez mais comuns na imprensa nacional. São efetivadas e veiculadas principalmente através de noticiários televisivos, sendo que possuem por principal característica a de transformar os telespectadores em julgadores involuntários do fato, especialmente porque estes podem observar quase que diretamente a prática do delito, transformando o indivíduo focado na matéria em uma espécie de vilão social da ocasião.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Ivor Yorke, de forma feliz, explica que “o termo ‘jornalismo investigativo’ é livremente aplicado por muitos jovens repórteres àquilo que consideram o lado romântico, se não sombrio, da profissão. Eles se vêem descobrindo injustiças e corajosamente desmascarando-as. Têm como exemplo o escândalo de Watergate e o papel desempenhado por jornalistas na queda do presidente Nixon em 1974.” Afirma, ainda, que “o jornalismo investigativo, quando devidamente conduzido, é um negócio dispendioso que demanda tempo. Jornais que lidam seriamente com isso reconhecem que se trata de um esforço de

Historicamente, o jornalismo investigativo se desenvolveu nos Estados Unidos, sendo que a origem desse gênero se deu a partir de 1955, através das revistas *Life* e *Look*. Estas foram as primeiras publicações a apresentar esse tipo de matéria, sem, porém, alcançar grande repercussão junto a seus leitores.

Nas palavras de Ana Lúcia Menezes, o jornalismo investigativo tornou-se de interesse da sociedade quando, em 1971, os jornais americanos *New York Times* e *Washington Post* iniciaram a divulgação de diversos textos sigilosos sobre a participação dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã.¹⁸⁸

Com uma postura notadamente crítica em relação ao Governo então vigente, esses periódicos começaram a criticar severamente a atuação dos políticos. Algum tempo após – em 18 de junho de 1972 – este último jornal (*Washington Post*) deu início a uma série de matérias investigativas as quais, meses após, seriam responsáveis pela renúncia do então presidente americano Richard Nixon.

Na ocasião - naquele que talvez tenha sido o mais importante trabalho de investigação da história do jornalismo - cinco homens foram presos quando tentavam instalar microfones no comitê do Partido Democrata do Edifício Watergate, em *Washington*. Depois de descobertos, um deles cometeu a imprudência de se apresentar como ex-agente da CIA.

Com tal revelação e a partir das implicações que isso significava, dois jornalistas americanos do jornal *Washington Post*, Bob Woodward e Carl Bernstein, iniciaram uma série de investigações jornalísticas por meio das quais descobriram várias conexões de corrupção, lavagem de dinheiro, escutas clandestinas e tráfico de influência, sendo que esse conjunto de ilegalidades apontava sua origem diretamente para a Casa Branca.

Em 21 de março de 1973, James McCord, um dos detidos no Edifício *Watergate* e coordenador de segurança do comitê para a reeleição do presidente Nixon, rompeu seu silêncio e enviou ao juiz John Sirica – autoridade encarregada de instruir o processo - uma carta repleta de acusações. Com a apresentação e leitura pública desta carta,

equipe que ocupa pesquisadores e repórteres durante várias semanas, talvez meses, examinando um assunto de todos os ângulos para produzir um material que possa finalmente gerar uma matéria.” *Jornalismo diante das câmeras*, p. 187.

¹⁸⁸ Ana Lúcia Menezes Vieira, ob. cit., p. 209.

ocorrida em pleno tribunal, alguns dias após, a investigação jornalística de Bernstein e Woodward começou a ganhar força e credibilidade. O desfecho do caso é por demais conhecido, ou seja, a posterior renúncia do Presidente Richard Nixon, ocorrida em 9 de agosto de 1974, acusado de mandar ocultar ilegalmente os fatos acima.

Em conclusiva análise sobre esse período histórico, Dirceu Fernandes Lopes explica que:

O Caso Watergate criou um precedente ao demonstrar como foram fundamentais alguns princípios que afetavam diretamente o papel que deveria caber à imprensa: não se limitar a ser uma mera intermediária entre os canais oficiais e a opinião pública, reproduzindo notas de imprensa ou os comunicados que as instituições tinham interesse em transmitir para o conhecimento público. Mais do que isso: era preciso começar a questionar as versões oficiais dos acontecimentos.

Era preciso instalar a dúvida na informação oficial e, sobretudo, indagar. Se alguma lição foi aprendida pelos profissionais do jornalismo é a de que era necessário começar a considerar a informação – entendida até o momento como a base simples para elaborar os textos jornalísticos – sob um prisma diferente.¹⁸⁹

Especificamente no caso de realização de matérias jornalísticas com câmeras ocultas, um caso emerge como emblemático. Em 1997, a rede de televisão norte-americana ABC foi condenada por um júri federal em Greensboro, no Estado da Carolina do Norte a pagar uma indenização de US\$ 5,5 milhões à rede de supermercados *Food Lion*.

Na ocasião dois produtores-repórteres do programa de televisão denominado *Prime Time Live*, Lynne Dale e Susan Barnett, se empregaram numa loja da rede *Food Lion* e, com o auxílio de câmeras ocultas, documentaram a adulteração de prazos de validade de produtos vendidos aos fregueses, sendo que, dentre esses produtos, havia carnes e laticínios. O programa foi ao ar em novembro de 1992, com a denúncia - gravada em vídeo - de que o supermercado vendia mercadorias perecíveis com prazos de validade vencidos. Em consequência a essa denúncia as vendas desabaram nas cerca

¹⁸⁹ Dirceu Fernandes Lopes. *Caminhos do Jornalismo investigativo*, p. 14.

de 1.200 lojas que a *Food Lion*, uma cadeia de supermercados belga, possuía, à época, nos Estados Unidos.

No decorrer da instrução processual, o supermercado, adotando tática jurídica inovadora, em nenhum momento preocupou-se em contestar a veracidade das informações, preferindo centrar suas argumentações no fato de que os dois jornalistas, ao se empregarem na loja, teriam praticado diversos atos passíveis de acarretar indenização por danos morais, ou seja, mentiram, foram desleais e conspiraram contra o empregador, uma vez que legalmente eram pagos para prestar serviços à *Food Lion* e, na verdade, estavam a serviço de uma rede de TV.¹⁹⁰

Na referida decisão, o Tribunal da Carolina do Norte entendeu desnecessária a análise do mérito das informações divulgadas pela rede ABC, limitando-se a afirmar que o modo utilizado pela rede de televisão para apurar a notícia consistia em espécie de fraude. No processo em questão, os advogados da rede de supermercados viram-se diante da discussão a respeito da Primeira Emenda da Constituição Americana, que garante o direito à liberdade de expressão.¹⁹¹ Diante disso, preferiram não processar a rede ABC e seus repórteres por injúria ou difamação, mas por fraude, invasão e deslealdade profissional.

A fraude teria ocorrido no momento em que os jornalistas falsificaram seus currículos e se empregaram na loja; o delito de invasão, por sua vez, ocorreu quando a rede ABC, por meio de um empregado da *Food Lion* (não era do conhecimento da empresa o fato de o seu funcionário ser na realidade um repórter) adentrou ilegalmente nas dependências do supermercado e efetuou gravações no local; e, finalmente, a violação de contrato profissional teria ocorrido em função da deslealdade do trabalhador (*rectius*: repórter travestido de funcionário) para com seu empregador.¹⁹²

¹⁹⁰ Conferir em <<http://www.igutenberg.org/atualcam.html>>, acesso em 15.3.2003;

¹⁹¹ O conteúdo da Primeira Emenda à Constituição Americana é o seguinte: “*Religião, Palavra, Imprensa, Assembléia, Petições. O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.*” As dez primeiras emendas à Constituição foram propostas perante o Congresso americano em 25 de setembro de 1789, tendo sido ratificadas pela maioria dos estados membros até dezembro de 1791.

¹⁹² Conferir em <<http://www.cato.org/pubs/regulation/reg20n2e.html>>, acesso em 28.9.2007.

Outro caso que poderia ser mencionado, e que causou grande repercussão à sua época, diz respeito ao do famoso jornalista, então pertencente a um dos grandes grupos de comunicação do país, que teria cometido homicídio contra a ex-namorada, também jornalista, por ciúmes.

Logo após a confissão do crime, o acusado, sob efeitos de sedativos, reuniu-se em uma sala reservada, no Hospital Albert Einstein em São Paulo, com autoridades policiais, um membro do Ministério Público e seu médico, ocasião em que, reservadamente, relatou como teria ocorrido o crime e as circunstâncias que o antecederam. Nessa reunião, um dos participantes, sem o conhecimento dos demais, teria se utilizado de uma câmera oculta, fornecida por uma importante rede de televisão nacional, para gravar o teor das confissões do jornalista. Referidas, imagens foram levadas ao ar, através do telejornal de maior audiência do país no dia 24 de agosto de 2000. Esse procedimento causou uma série de discussões a respeito dos limites éticos da imprensa na descoberta e divulgação de fatos bombásticos.¹⁹³

Os exemplos acima servem para retratar as polêmicas que envolvem a questão. Afinal muitos se utilizam e tecem loas a essas novas tecnologias, sem, antes, indagar os limites referentes ao ponto onde termina o interesse público eventualmente beneficiado e onde começa a agressão à intimidade e privacidade das pessoas atingidas.

O uso dessa tecnologia implica, especialmente na área jornalística, em infindáveis discussões a respeito da validade ética de tal procedimento. As antigas e inteligentes técnicas utilizadas pelo jornalismo investigativo passaram por uma reformulação de conteúdo duvidoso, uma vez que se permitiu a transformação do repórter em uma espécie de pseudovingador da sociedade e paladino do combate à impunidade em sociedades cujo poder policial e judicial mostre-se ineficiente.

Talvez por isso, como exposto acima (item 4.3), os profissionais presentes ao Congresso Nacional Extraordinário de Jornalistas, ocorrido em agosto de 2007, em Vitória-ES, optaram por reformular o Código de Ética da categoria, em vigência há

¹⁹³ Duas matérias publicadas no jornal O Estado de São Paulo a respeito do assunto podem ser consultadas nos seguintes endereços eletrônicos: <<http://www.jt.estadao.com.br/editorias/2000/08/28/ger605.html>> e <<http://www.jt.estadao.com.br/editorias/2000/08/26/ger560.html>>, ambos acessados em 12.5.2003.

mais de 20 anos, adaptando-o às novas tecnologias e aos princípios e postulados da Constituição de 1988.

Dentre as mudanças aprovadas em plenário, vale citar, apesar de sua redundância, o reconhecimento expresso ao princípio constitucional da presunção de inocência, o que evita que os jornalistas se arvorem em órgãos de acusação e julgamento, com execração pública de pessoas ainda não submetidas a julgamento.

Deliberou-se, ainda, pela contenção do uso de expedientes como *identidade falsa* e câmeras ocultas, salvo quando houver a exigência de esclarecimentos de relevante interesse público, e desde que esgotadas outras possibilidades menos invasivas e mais convencionais (vide item 4.3, supra).

Essas providências são necessárias, vez que não há como negar que por trás de fortes argumentos, e dessa suposta prática de defesa dos interesses da sociedade, o fim visado pelos chamados repórteres investigativos, em especial os que preferem se valer de câmeras ocultas, relaciona-se menos com objetivos de combate à impunidade ou auxílio à, muitas vezes, inoperante investigação judiciária, e mais com a necessidade de apresentar reportagens de impacto público. O fim visado não é outro senão o de incrementar índices de audiência das redes de televisão. Em outras palavras, prioriza-se a política do máximo impacto com o mínimo esforço.^{194, 195}

Há outro importante detalhe: ao utilizarem-se de ardis e fraudes para realizar uma matéria jornalística, com o uso de câmeras ocultas, os repórteres arvoram-se de um poder que nem o Estado, através de seus órgãos próprios de investigação, como Polícia, Ministério Público ou mesmo o Judiciário, dispõem. Se alguma destas instituições,

¹⁹⁴ Willian Waack levanta a questão ética do jornalismo investigativo ao lembrar que “toda empresa moderna de comunicação tem que dar lucro no fim do ano, senão ela deixa de existir. [...] Não se conhece jornalismo investigativo em nenhum órgão de comunicação estatal no Brasil. Ao contrário, os grandes lances de jornalismo investigativo foram feitos por empresas comerciais que existem com o fim, em primeiro lugar, de ganhar dinheiro” *Jornalismo investigativo*, p. 146-147.

¹⁹⁵ Em interessante passagem de sua obra, Ana Lúcia Menezes Vieira, ob. cit., p. 52-53, esclarece: “A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional”.

indevidamente, optar por recorrer a fraudes, truques diversos ou a qualquer artilheiro desleal, para obtenção de provas processuais, essas, obviamente, serão declaradas nulas e não admitidas em qualquer espécie de processo, seja judicial ou administrativo.

Finalmente, não pode ser esquecida a falta de segurança que tal atividade acarreta aos jornalistas. Exemplo concreto a ser citado é o do jornalista da Rede Globo Tim Lopes.

Lopes era adepto do jornalismo investigativo e realizava investigações sobre o tráfico de drogas nos morros do Rio de Janeiro. Pouco antes de sua morte, no início de junho de 2002, recebeu chamadas de uma favela carioca denunciando que traficantes de drogas forçavam menores a realizar exhibições com conotação sexual. Enquanto cobria a história com uma câmera oculta, foi sequestrado pelos traficantes. Alguns dias depois, a polícia encontrou restos humanos em estado de decomposição, junto com o relógio e a câmera de Lopes, em um cemitério clandestino no local denominado Favela da Grota, no Rio de Janeiro. Teste de DNA confirmou, posteriormente, que os restos pertenciam a Tim Lopes.

Portanto, diante de todos os aspectos mencionados, e, em que pese o importante trabalho prestado pela imprensa investigativa na solução de fatos e crimes aparentemente complexos, não se deve permitir que a sociedade encontre em tais veículos de comunicação as respostas não oferecidas a contento pelas Instituições próprias de um Estado Democrático de Direito, dentre elas o Judiciário.

Como a imprensa investigativa continuará a existir com ou sem o aparato tecnológico posto à sua disposição, saudável seria se o legislador impusesse meios de controles à sua atuação, regulamentando as hipóteses e circunstâncias em que seria admitida a utilização da câmara oculta, assim como impondo a necessária autorização judicial para realização de tais reportagens, quando presentes razoáveis indícios de prática de atos ilícitos por parte das pessoas objeto da matéria jornalística.

Isso evitaria atuações desastradas de repórteres investigativos que, sempre em busca daquilo que alguns denominam a reportagem de suas vidas, atendem a qualquer denúncia, sem conferir previamente se a mesma é ou não fundada, produzindo reportagens e dossiês que – algumas vezes - não se confirmam em juízo, mas violam

aspectos muito caros à honra e reputação de pessoas, além de colocar em verdadeiro risco a integridade moral e dessas mesmas pessoas.

Câmeras ocultas são poderosos instrumentos de investigações, desde que manejados por bons e equilibrados jornalistas. Tendo em vista, porém, a realidade brasileira e a existência de grandes e hegemônicos grupos de imprensa existentes no país, a utilização de tal tecnologia sem qualquer espécie de controle estatal pode provocar em breve as primeiras vítimas. O risco é o de essas vítimas serem pessoas inocentes e não criminosos e corruptos.

4.5.8. Captação de imagens em ambientes privados

Já se falou, à exaustão, que a legislação brasileira não regulamenta as hipóteses de utilização de provas originárias de captação de imagens no processo penal. Sendo, porém, meio de prova de natureza documental,¹⁹⁶ é natural que, em havendo necessidade de sua utilização no processo, seja adotado o procedimento preconizado nos artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal. Além disso, esse meio probatório deve, como já afirmado, ser sempre acompanhado da necessária autorização judicial.

Quando a gravação de imagens se der no interior de uma residência ou escritório privado, consultório, sítio ou outros locais protegidos pelo princípio constitucional da intimidade, a autorização judicial, devidamente fundamentada, configura-se em medida imprescindível, sob pena de nulidade absoluta da prova. Esta decisão, que poderá ser provocada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público - ou, ainda, decretada de ofício pelo juiz no exercício de seus poderes instrutórios conferidos pelo artigo 156 do CPP - o julgador deverá apontar os motivos que o levaram a decidir naquele sentido, demonstrando-os objetivamente.

Não se admite, por ilegal, autorização para procedimentos de filmagem, em ambientes particulares, baseada unicamente em convicções pessoais e subjetivas do magistrado, da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público solicitante. Em hipótese de ocorrer tal fato, a consequência deverá consistir em responsabilização da

¹⁹⁶ Vide item 4.4.1, supra.

autoridade por prática de ato de abuso de poder, previsto no artigo 3º, alínea b da Lei n. 4.898/65 (Lei de abuso de autoridade).

Por outro lado, atento à lição de Javier Pascua, possível autorização judicial para gravação de imagens em ambiente particular, deve ser legitimada, sempre, pelo princípio da proporcionalidade. Ensina o magistrado argentino:

[...] proporcionalidad que como se dijo para las grabaciones sonoras, emerge de la pertinência y de la insustituibilidad de la medida de manera que no exista outra que permita el descubrimiento o prueba de los hechos com um perjuicio menor a la privacidad de las personas.¹⁹⁷

Seguindo o raciocínio, é de se reconhecer que tal medida extrema somente deverá ser admitida quando não houver outro meio menos gravoso de se obter a busca da verdade real. Em havendo outras possibilidades de se atingir a verdade dos fatos de forma que não se invada a intimidade do agente, a prova por filmagem produzida em ambiente privado deverá ser considerada nula, vez que ilicitamente obtida.

Não poderia ser de outra forma, posto que, para se ingressar na moradia do indivíduo suspeito ou em seu escritório particular de trabalho para proceder à instalação dos equipamentos de filmagem, haverá a imperiosa necessidade de um mandado judicial. A mesma regra se aplica no caso de captação de imagens em área privada, mas à distância, isto é, aquela onde se instala a câmera fora do domicílio do agente objeto de investigação, mas com capacidade para captar imagens de áreas internas da casa, seja através de janelas ou portas envidraçadas; ou, mesmo, em áreas externas de seu domicílio, como quintais, jardins, piscinas etc. Nessa hipótese, mesmo não havendo uma invasão física à área privada do investigando, não há como negar uma visível intromissão em seu âmbito privado, violando-se a regra constitucional que garante o respeito à intimidade das pessoas

4.5.9. Captação de imagens no interior de moradia

¹⁹⁷ Francisco Javier Pascua, ob. cit., p. 145.

A utilização de imagens captadas no interior da moradia do investigando, exceto em situações excepcionais, devidamente justificadas, não deve ser admitida como prova processual, uma vez que implica profunda intromissão no âmbito de privacidade do indivíduo e interferência agressiva no cotidiano das pessoas que, mesmo não sendo objeto de investigação, convivam no local.

Diante das possibilidades atuais de se perseguir e gravar qualquer movimento produzido pela pessoa, e em qualquer lugar, parece óbvio que seu domicílio particular e familiar deve servir como último refúgio em que, regra geral, pode manifestar, sem ser observado, sua liberdade de pensamento e, assim, garantir respeito à sua dignidade.

De qualquer modo, em havendo imperiosa necessidade de se coletar provas por tal modo e não existindo outros meios menos nocivos aos direitos do investigando, a autorização judicial mostra-se imprescindível. Em hipótese contrária, a prova eventualmente coletada será considerada ilícita e inadmissível no processo.

Javier Pascua, estudando o tema, prefere ir além, ao dizer que a autorização judicial faz-se necessária qualquer que seja o operador ou responsável pela filmagem, incluindo o próprio dono do imóvel. Isso significa, em suas palavras, que o direito à intimidade e privacidade do indivíduo dentro de seu lar deve ser preservado também contra investidas de outros moradores da casa, dentre eles o próprio proprietário.

Vale a pena acompanhar sua lição:

Así, la regla para captar imágenes en el interior de una vivienda en búsqueda de pruebas, cualquiera sea el lugar de emplazamiento de las cámaras, deberá ser la de contar con una orden previa, emanada y motivada de juez competente tal cual lo señalara para las filmaciones autorizadas jurisdiccionalmente, no importando cuál sea el operador, por lo que no sería entonces un caso que pueda independizarse de los parámetros ya delineados para las filmaciones con cámaras ocultas autorizadas jurisdiccionalmente. Caso contrario, en un principio, la obtención de registros a través de este mecanismo no podría ser introducido legalmente en el proceso. [...] Tratándose los captores de órganos del Estado, en ningún caso serán viables este tipo de tomas sin

*autorización judicial, ya que no existirá justificativo legal que permita este tipo de conductas. [...]*¹⁹⁸

É aceita referida proteção como fundamental à dignidade do ser humano, constitucionalmente assegurada no artigo 1º, inciso III da Carta Constitucional.¹⁹⁹

No entanto, respeitadas as ponderações formuladas pelo jurista argentino, parece que a aplicação de aludido princípio não pode ser levada a extremos tais que impeçam aos moradores do imóvel de ter controle sobre os fatos que estejam ocorrendo no local. Como prova dessa afirmação, pode ser imaginado um simples exemplo, ou seja, o caso de algum dos membros da entidade familiar colocar em risco, por práticas criminosas, a integridade física e moral dos demais integrantes do grupo. Nessa hipótese, se a única possibilidade de produção de prova possível for a audiovisual, não deve, o legislador, impor empecilhos à sua produção e posterior apresentação em juízo.

Em outras hipóteses, como, por exemplo, a filmagem no interior da moradia efetivada pela autoridade policial, não importando o crime que esteja sendo ou esteja próximo de ser cometido no local, a autorização judicial mostra-se imprescindível para a eficácia da medida.²⁰⁰ Do contrário, possível prova produzida à revelia de ordem judicial não poderia gerar qualquer efeito, vez que ilícita a sua produção.

¹⁹⁸ Francisco Javier Pascua, ob cit. p. 153.

¹⁹⁹ O artigo 8º.2, da Convênio Europeu de Direitos Humanos, após reconhecer “que toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência”, complementa afirmando que “Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando houver previsão legal e constituir em medida que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança social, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades dos demais” (tradução livre)

²⁰⁰ Francisco Muñoz Conde menciona a existência da denominada **Teoria dos Níveis**, elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo essa teoria, haveria a necessidade de se diferenciar entre o “**simplex âmbito privado**” e o “**âmbito intangível da vida privada**”. Explica o mestre: “*Las diferentes consecuencias procesales, según se trate de uno o outro ámbito radicaban en que los medios de prueba que afectan al primero pueden ser utilizados de acuerdo con una ponderación entre el interés a la averiguación estatal de la verdad y el del procesado a que se respete su ámbito privado; mientras que cuando se trata del “ámbito intangible” el interés general no puede nunca justificar una injerencia en el mismo. Las diferencias entre uno y otro ámbito son, sin embargo [...] difíciles de marcar y ello provoca dificultades en su aplicación práctica, como o demuestra el caso fallado por el Tribunal Constitucional Federal [alemán] en el que se condeno a un individuo acusado de haber matado a una mujer sobre la base de las notas personales que había escrito en su diario íntimo. Evidentemente, si el diario íntimo pertenece al “ámbito intangible de la intimidad”, las anotaciones que en él se encuentran no pueden ser utilizadas, según la tesis del Tribunal Constitucional Federal antes mencionada, en contra de su titular. La decisión de este Tribunal en 1989 (BverfGe, 80,367) no fue, sin embargo, pacífica, ni unánime, y tras un reñido empate (cuatro magistrados votaron a favor de su valoración, y cuatro en contra), se mantuvo la sentencia del Supremo favorable a su valoración*”

4.5.9.1. Câmera oculta instalada pelo pai para vigilância de possíveis atividades criminosas do filho.

Alterando-se as circunstâncias até aqui estudadas, importa, doravante, analisar hipótese de uma câmera oculta instalada no quarto de um jovem, por seu pai, o qual, justificadamente, suspeita do envolvimento do filho – maior de 18 anos - em prática de crimes de tráfico ou uso de substância entorpecente.

Nesse caso, se pergunta: há a prática de algum crime por parte do genitor? Se houver, estaria essa prática acobertada por alguma excludente de ilicitude? Se negativas as respostas às perguntas acima, seria possível dizer que há a violação do direito de intimidade e privacidade do filho?

Pergunta final: e se as imagens geradas por essa câmera oculta - comprobatórias de atividades ilícitas - forem parar em poder da autoridade policial que, através de mandado judicial, efetue uma diligência de busca e apreensão no local? Nesse caso, as imagens poderiam ser utilizadas como prova em processo criminal para condenação do jovem infrator?

Não se obtém respostas fáceis a tais indagações. Imaginar de forma contrária seria o mesmo que relegar a análise dos direitos e garantias fundamentais do cidadão a uma simplicidade inadmissível à hipótese.²⁰¹

Deve ser esclarecido, em primeiro lugar, que vida íntima não se confunde com vida familiar. José Laércio Araújo explica que a esfera privada obedece tanto a critérios de ordem espacial quanto ambiental; mas, também, a critérios qualitativos. Assim, não é

como prueba y en base a la cual el acusado fue condenado.” Valoración de las grabaciones..., p. 48/49.

²⁰¹ Paulo José da Costa Júnior, em instigante monografia denominada *Agressões à intimidade – O episódio Lady Di*, p. 18, afirma que “[...] os circuitos fechados de televisão reduziram ainda mais a intimidade das casas modernas, já tão devassadas por sua própria concepção arquitetônica. Assim é que, por meio de sistemas domésticos de televisão, os pais podem controlar os filhos (faculdade aparentemente funcional por seu sentido preventivo, mas que, na realidade, tem por efeito atrofiar nas crianças o sentimento de intimidade pessoal). De outra parte, tal processo assegura aos filhos a possibilidade de exercer igual controle sobre a atividade dos pais, o que é estorcedor. Essa vigilância recíproca tende a solapar os princípios basilares da convivência em família: o interesse natural que os membros têm pelas atividades uns dos outros está sujeito ao risco de não mais se basear em pressupostos de confiança e respeito mútuos.”

incomum que um fato ocorrido no interior de uma casa não pertença à esfera privada e outro fato, ocorrido em local público, sê-lo.²⁰²

Na hipótese ora em análise, entretanto, se observa a inexistência de fato típico na conduta do pai, posto que não configurado delito de invasão de domicílio ou qualquer outro previsto no ordenamento penal brasileiro. De fato, o crime tipificado no artigo 150 do Código Penal depende, para sua configuração, da entrada clandestina ou astuciosa, em casa alheia, ou contra a vontade do titular do direito, fato que não ocorre no exemplo mencionado.

Assim, não havendo crime,²⁰³ não cabe mencionar eventual existência de causa excludente de ilicitude em relação à conduta do pai, como seria o caso, por exemplo, de possível alegação de legítima defesa, exercício regular de direito ou estado de necessidade (art. 23, I, II e III do CP).

Concluindo, a conduta do genitor que instala câmera de vídeo oculta no quarto do filho, situado no domicílio familiar, configura fato atípico.

Mesmo sendo atípico, contudo, essa conduta viola o direito à intimidade do filho.^{204, 205} Não se pode esquecer que a demarcação da esfera da intimidade possui natureza relativa, cabendo ao julgador em cada caso concreto e em conformidade às suas circunstâncias, delimitar prudentemente o âmbito da proteção a quem tenha o direito. Grosso modo, a intimidade consiste em garantia facultada ao indivíduo no sentido de não sofrer intromissões não desejadas em sua vida privada. Essa regra aplica-se a qualquer pessoa, inclusive aos co-habitantes de um domicílio, uns em relação aos outros.

²⁰² José Laércio Araújo, ob. cit., p. 127.

²⁰³ Tramitou no Senado Federal o Projeto de Lei n. 181/1999, de autoria da Senadora Luzia Toledo, o qual tipificava o crime de violação de intimidade. Em essência, o projeto criminalizava a conduta de “*violar a intimidade de outrem, pela divulgação de fato, imagem ou palavra de caráter privado*”, atribuindo-lhe a pena de detenção de um a seis meses, ou multa. Ao final, foi o mesmo arquivado, com base no parecer do relator da matéria, o qual considerou que a descrição do tipo penal deu-se de forma demasiado genérica, sem especificação, por parte do projeto de lei, do significado das expressões “intimidade” e “caráter privado”.

²⁰⁴ José Adércio Araújo, ob. cit., p. 128, de forma lúcida esclarece que “(...) a intimidade, no atual sistema legislativo, foi tutelada de forma mediata e insuficiente face às novas formas de invasão domiciliar atualmente permitidas pelo avanço tecnológico”

²⁰⁵ O Novo Código Civil, entretanto, prevê a inviolabilidade da vida privada ao afirmar, em seu artigo 20: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

A partir do conceito firmado, no sentido de que a violação da intimidade requer do sujeito ativo uma conduta tendente a conhecer, de forma ilícita, o âmbito reservado da vida pessoal de terceiros, sem autorização legal ou judicial, é possível chegar-se à conclusão de que o pai praticou uma violação ao direito à intimidade do filho, mesmo que essa conduta seja penalmente atípica.

Prosseguindo, deve ser observado que, se efetivada referida captação de imagens e descoberta a prática de eventual conduta delitiva do filho - como, por exemplo, prática de tráfico de drogas ou delitos contra a liberdade sexual - e, finalmente, em sendo apreendida a prova audiovisual, pela autoridade policial, as imagens geradas não poderão ser utilizadas como prova em processo criminal ou, mesmo, pelo pai, em algum outro processo judicial.

Não poderão ser utilizadas, uma vez que obtidas através de invasão indevida e não autorizada à intimidade da pessoa.

A exceção a essa afirmação diz respeito à aplicação dos princípios originários do direito norte-americano da *inevitable discovery* e *independent source*. Conforme esses princípios - estudados mais atentamente nos itens 2.6.1 e 2.6.2, supra - ocorre a descoberta inevitável quando, mesmo que se abstraísse mentalmente a ilicitude observada na coleta da prova, seria possível alcançar, inevitavelmente, a verdade dos fatos, mas por outros e legítimos meios.

Por sua vez, o princípio da *independent source* pressupõe a existência de pontos de conexão entre as provas lícita e ilícita. Mas tal conexão se forma de modo tão tênue e esparso que não pode ser considerada como relação de causa e efeito.

Outra questão interessante a ser analisada diz respeito ao seguinte aspecto: se a prova coletada, nessa hipótese, é considerada ilícita, posto que obtida mediante violação à intimidade do agente, por qual razão se disse, linhas atrás, que a conduta do pai que instala câmera oculta no quarto do filho é atípica? Simples. A atipicidade do fato decorre da mera e indevida omissão do legislador em regulamentar, de forma objetiva, quais as hipóteses onde se configura claramente a invasão à intimidade e privacidade do indivíduo, sancionando penalmente a conduta daqueles que violarem tal norma. Feita essa consideração, espera-se do legislador brasileiro, tão produtivo em normatizar

aspectos da vida social, que se conscientize dessa necessidade, como já o fizeram legisladores de várias outras nações.

Finalizando, importa afirmar que o legislador espanhol, ao contrário do brasileiro,²⁰⁶ prudentemente, regulamentou, na *Ley Orgánica* n. 10/1995 (Código Penal), de 23 de novembro, as hipóteses onde ocorrerá a prática de delitos contra a intimidade do indivíduo. Assim, referida norma, em seu artigo 197, prevê:

Artículo 197.

*1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*²⁰⁷

²⁰⁶ Vale lembrar que tramita pelas gavetas do Senado Federal o tímido **Projeto de Lei n. 181/1999** que tipifica o crime de violação da intimidade em nosso Código Penal. Assim, referido PL insere o **artigo 150-A** no Código penal brasileiro, com o seguinte texto: “Violação da intimidade. Art. 150-A. Violar intimidade de outrem, pela divulgação de fato, imagem, escrito ou palavra de caráter privado. Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. **Art. 2º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

²⁰⁷ Vale a pena, a título ilustrativo, transcrever a totalidade do referido artigo 197 do Código Penal espanhol (*Ley Orgánica* n. 10/1995), uma vez que abrange praticamente todas as possibilidades de intromissão indevida na esfera de intimidade alheia e fixa as penas para cada conduta. Assim, transcrito o item número 1 do referido artigo, seguem os restantes: “**2.** *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.* **3.** *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.* **4.** *Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.* **5.** *Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.* **6.** *Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.”*

4.5.9.2 Imagens geradas por tomadas aéreas em lugares abertos dentro da propriedade privada.

Não é incomum, em tempos de violência exacerbada, as autoridades policiais captarem imagens de espaços domésticos (jardins, quintais, piscinas, varandas etc.) por meio de tomadas aéreas, especialmente a bordo de helicópteros. Nessas hipóteses, a menos que a gravação seja caracterizada por um estado de extrema e justificada urgência, não se justifica a captação de imagens, por tomadas aéreas, sem o necessário mandado judicial.

Caso contrário, estaria configurada nova hipótese de violação à intimidade da pessoa que, eventualmente, estivesse sendo objeto de filmagem, assim como em relação a todas as outras pessoas que habitam referido imóvel, sobre as quais nenhuma suspeita incidiria.

Segundo consta do artigo 1.229 do Código Civil, “a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”.

Por esse dispositivo, se observa que a propriedade do imóvel abrange o solo e, também o espaço aéreo até o limite em que não haja mais interesse por parte do proprietário em utilizá-lo. Ora, feitas essas constatações, mostra-se evidente que esse tipo de tomada aérea é efetivado de uma distância tal, que existe fundado interesse da pessoa atingida em resguardar sua intimidade e a de seus familiares. Por isso, eventuais imagens captadas dessa forma devem, quando efetivadas, ser precedidas do necessário mandado judicial, sempre que se fizer no espaço perpendicular aéreo da propriedade ou mesmo em lugares públicos, mas com visibilidade suficiente para atingir áreas internas do domicílio do investigando, sob pena de ilicitude da prova colhida e responsabilização penal e cível do agente responsável.

4.6. CAPTAÇÃO DE IMAGENS POR CÂMERA OCULTA EM LOCAL PÚBLICO

Não haveria maiores dificuldades em se discorrer sobre o tema se se falasse apenas da gravação de imagens, em local público, por meio de câmeras de segurança. Afinal, esses equipamentos, em regra, são utilizados para monitorar, indistintamente e com fins de segurança preventiva, a circulação de pessoas em prédios e vias públicas e outros locais de caráter semipúblicos. Nessas hipóteses, mormente quando as câmeras estiverem sendo operadas por órgãos da segurança pública, haveria apenas a existência de aspectos de vigilância e observação genéricas, fato que dispensaria inclusive mandado judicial para sua realização. Atualmente contam-se às centenas as cidades, em vários países, que possuem ruas monitoradas por câmeras de segurança, não consistindo, tal fato, propriamente, em novidade.

Diferente ocorre quando se procede à captação de imagens em ambientes público, mas de forma sub-reptícia, seja para buscar subsídios de prova de condutas criminosas ou simplesmente para documentar a ocorrência de fatos ou circunstâncias em relação a pessoas suspeitas de estarem praticando delito.

Em uma análise mais apressada, não seria falta de zelo às normas constitucionais afirmar que, ao circular e praticar diversos tipos de atos – lícitos ou não - em locais públicos, o indivíduo estaria, implicitamente, renunciando a seu direito à privacidade, uma vez que se coloca em posição de ser visto, ouvido e, até, gravado. Essa assertiva, entretanto, não é integralmente verdadeira. Com efeito, ao circular e praticar atos em ambientes abertos ao público, o agente, de fato, abdica de parcela de sua privacidade e intimidade. Porém, não se deve admitir que, mesmo nessas hipóteses, possa ser alvo de filmagens indiscriminadas por parte de investigadores, os quais estariam sempre em seu encalço em busca do deslize fatal. Acatar referida possibilidade seria equivalente a menosprezar as garantias expressadas no texto constitucional, notadamente o fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e seus corolários da intimidade e privacidade.

Apesar disso, em determinadas hipóteses, tendo em vista o interesse público envolvido na investigação de fatos criminosos, as circunstâncias justificam não a ingerência na vida privada do indivíduo, nem os atentados à sua intimidade e

privacidade, mas a observação e vigilância dos atos praticados por pessoas suspeitas, notadamente quando a espreita é realizada em locais urbanos conflituosos ou, ainda, quando exista alguma informação anterior sobre eventual e futura prática de crime em determinada localidade. Essa observação e vigilância podem ser feitas através de câmaras ocultas, sob pena de resultar inócua a medida, sendo conveniente, para se evitar futuros questionamentos de ilicitude da prova, estar a autoridade policial munida do competente mandado judicial.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito do tema é praticamente inexistente. Da mesma forma a doutrina, que, aparentemente, não se preocupou em analisar de maneira mais aprofundada a questão. Por isso, resta apenas a opção de se buscar subsídios em decisões de tribunais estrangeiros, os quais tiveram a oportunidade de enfrentar o problema. Nesse sentido, é elucidativo o julgado do Tribunal Supremo espanhol, de número 620/1997, de 5 de maio de 1997, onde se esclarece:

[...] La validez de la prueba practicada con la filmación o grabación de cintas de vídeo supone que, en la línea de lo explicado antes, no se vulneren derechos esenciales, tales la intimidad o la dignidad de la persona o personas afectadas por la filmación llevada a cabo sin previa autorización judicial en los casos en que sea esta necesaria, o por los particulares, Policía Judicial, Cuerpos de seguridad privada, etc., cuando la misma no sea precisa.

*En consecuencia es válida y correcta la captación en general de imágenes de personas sospechosas recogidas en la vía pública de manera velada o subrepticia, en los momentos en los que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo, pues ningún derecho queda vulnerado en estos casos.*²⁰⁸

Aludida prática, entretanto, não pode degenerar-se em atos abusivos e na intenção da autoridade policial em produzir provas contra a pessoa investigada a qualquer custo, mesmo que violando direitos fundamentais deste. Por isso, a validade de tal prova, especialmente se desacompanhada de mandado judicial, deve ser sopesada pelo julgador, tendo em vista os interesses jurídicos em conflito.

²⁰⁸ Disponível em <<http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu02/sts620-1997.htm>>, acesso em 13.3.2003.

Concluindo, desde que não haja interferência abusiva na intimidade do investigando, a prova deve ser admitida como válida. Fala-se em interferência abusiva na intimidade do investigando quando a vigilância se estender por período acima do razoável, ou quando os agentes abusarem de suas atribuições de investigação, postando-se indiscriminadamente diante da moradia do investigando ou de seu trabalho, perturbando o cotidiano deste e das pessoas próximas ao mesmo.

4.7. PESSOAS SUSCETÍVEIS A SOFRER TAL ESPÉCIE DE INTERVENÇÃO EM SUA INTIMIDADE

Somente deve ser admitida intervenção na intimidade própria daqueles indivíduos que estejam sendo objeto de investigação, ou seja, os indiciados propriamente ditos. Explica Rogério Lauria Tucci, que indiciamento consiste no “resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de fatos ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis”.²⁰⁹

Para que a pessoa seja indiciada exige-se, até por força da literalidade da expressão, a existência, em relação a ela, de indícios razoáveis de autoria, além da demonstração da materialidade do fato. Por isso Mirabete diz que somente devem ser indiciadas as pessoas que tenham contra si indícios de autoria do crime que esteja sendo apurado. Complementa, o saudoso processualista, afirmando que o indiciamento do agente não é ato arbitrário nem discricionário, visto inexistir a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. Reunidas provas da autoria da infração, o suspeito deve ser necessariamente indiciado.²¹⁰

Somente durante a fase investigatória poderá ser efetivada a coleta de provas audiovisuais. Além disso, como já afirmado, somente a pessoa suspeita – ou mesmo indiciada em inquérito policial - poderá ser objeto desse meio de prova, face à natureza inquisitória dessa fase da persecução.

²⁰⁹ Rogério Lauria Tucci. *Indiciamento e qualificação indireta*. p. 291.

²¹⁰ Julio Fabbrini Mirabete. ob. cit.. p. 90

Na fase da instrução processual penal, obviamente, não se admite a prática de captação de provas por imagens. A razão reside em que, o processo penal, em um Estado Democrático de Direito, só se torna legítimo se efetivado em conformidade aos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), os quais, regra geral, não são observados na fase investigatória. Ademais, salvo hipóteses excepcionais, o Ministério Público deve apresentar todo o conjunto probatório, que embasa seu pedido de condenação, juntamente com a denúncia, momento em que se altera a qualificação do agente, de indiciado para acusado, permitindo ao mesmo defender-se das acusações apresentadas.

Concluindo, qualquer pessoa suspeita de prática ilícita de natureza grave, ou investigada em inquérito policial, pode ser objeto de prova audiovisual.

4.8. HÁ ALGUM CRIME ESPECÍFICO QUE PODERIA ENSEJAR A APLICAÇÃO DE TAL INSTRUMENTO PROBATÓRIO?

A legislação processual brasileira não discrimina meios probatórios distintos para as diversas modalidades de delitos previstos no ordenamento penal. Aponta-se como exceção a essa assertiva a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de novos meios de investigação para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Nesses casos, a lei autoriza, como procedimento investigativo e constitutivo da prova, o instituto da ação controlada – o qual consiste em retardar a atividade policial no sentido de se aguardar momento apropriado para a produção de provas (art. 2.º, II) - bem como o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais de agentes suspeitos de integrarem tais organizações.

No mesmo artigo 2º, inciso IV, da Lei 9034/95 – dispositivo inserido pela Lei 10.217/01 - o legislador autorizou a formação de provas através da “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos”. Submeteu, porém, o registro e análise desses meios de provas à “circunstanciada autorização judicial”, confirmando a necessidade de medida judicial autorizativa à coleta de prova

audiovisual, ocasião em que o juiz deverá ponderar entre os vários interesses em conflito e garantir a prevalência do mais relevante entre eles.

Infelizmente, e apesar do grande avanço produzido, perdeu, o legislador, na referida norma, a oportunidade de regulamentar melhor e de forma mais aprofundada, essas novas formas de documentação e formação de provas, dentre elas a prova por captação de imagens.

Salvo nos casos de crimes vinculados a organizações criminosas, a legislação brasileira não prevê meios probatórios diversos aplicáveis a cada espécie de crimes conforme sua gravidade. Apesar disso, parece sensato dizer que a prova por filmagem justifica-se para a investigação de delitos graves (ex.: tráfico de entorpecentes, tráfico de armas, incêndio, crimes que envolvam violência sexual etc.), mas também para aqueles crimes que, mesmo não sendo considerados de extrema gravidade pelo legislador, como os anteriormente citados, possuem potencial para desestabilizar a ordem social (ex.: ameaças reiteradas, crimes contra a administração pública, violência doméstica etc.).²¹¹

Sob esse raciocínio, não seria adequado admitir prova por filmagem naqueles delitos considerados por lei de pequeno potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa, conforme artigo 64 da Lei 9099/95 e artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01, uma vez que a lei autoriza, nesses casos, a aplicação dos institutos da transação penal e aplicação antecipada de pena.

Excluída a hipótese dos delitos de pequeno potencial ofensivo - previstos no artigo 98, I, da Constituição Federal e regulamentados no artigo 61 da Lei 9099/99 e 2º, da Lei 10.259/01 - é possível a utilização de provas por filmagem em qualquer delito, desde que existam justificativas razoáveis para sua utilização, baseadas, especialmente, na relevância social e penal do fato ilícito que esteja sendo praticado ou que já tenha sido praticado. Caberá ao julgador, antes de proferir decisão autorizando a captação de imagens como prova, analisar, em cada caso concreto, quando a medida é proporcionalmente justa ou não, independentemente do tipo penal investigado.

²¹¹ Francisco Javier Pascua, ob. cit. p.104, nota de rodapé n. 33 cita decisão do Tribunal Supremo da Espanha, segundo o qual *“Las escuchas solo se justifican para la investigación de delitos muy graves, pero, añade que también para los casos leves con trascendencia social”. Así, delitos de funcionarios, o aquellos que afectan al buen funcionamiento y al crédito de la administración del Estado*” (Rev. General de Derecho, Valencia, año LI, n. 609, junio de 1995, pág. 6788).

Dentro desses parâmetros, o meio probatório audiovisual se justifica, qualquer que seja o crime produzido - dentre aqueles enumerados como de médio ou grave potencial ofensivo – quando, para sua elucidação e de suas circunstâncias, não existir outra forma de investigação que permita alcançar a verdade dos fatos de forma menos invasiva aos direitos fundamentais do investigando.

O aparelho (chamava-se teletela) podia ter o volume reduzido, mas era impossível desligá-lo de vez. (...) enquanto permanecesse no campo de visão da placa metálica, poderia ser visto também. Naturalmente, não havia jeito de determinar se, num dado momento, o cidadão estava sendo vigiado ou não. – George Orwell, 1984.

5. A PROVA POR CAPTAÇÃO DE IMAGENS NO PROCESSO PENAL E HIPÓTESES DE VALIDADE.

Algumas distinções devem ser apresentadas, conforme se trate das diversas modalidades de captação de imagens. Assim, o tratamento a ser dado, no processo, às gravações originárias de câmeras de segurança, pode e deve ser diferente daquele conferido a captação de imagens efetivadas por meio de câmeras ocultas.

De qualquer modo, não convém esquecer, dada a novidade que tal meio (*rectius*: instrumento) de prova representa no processo moderno, que sua utilização deve ser temperada por critérios estritos de ponderação de valores. Isso significa que sua admissibilidade como prova deve ser avaliada dentro do contexto probatório e fático geral apresentado no processo, não sendo conveniente que o julgador ignore de imediato as provas de tal espécie, sob eventuais argumentos de preservação da intimidade e privacidade dos agentes investigados. Essa providência se mostra salutar, pelo menos até advenha norma legislativa que regulamente o assunto.

A prova audiovisual ou por imagem, especialmente a derivada de gravações clandestinas, possui um potencial imenso no sentido de produzir consequências violatórias dos direitos fundamentais do investigando e de pessoas próximas a este, especialmente os já mencionados – tantas vezes - direitos à intimidade e privacidade, motivo pelo qual, conforme as circunstâncias que se apresentem, referida espécie de prova ora poderá ser considerada lícita, devendo, portanto, ser valorada - especialmente

após submetida a uma operação mental de ponderação de valores - ora poderá ser repudiada, por ilícita.

Oportuna, nessa etapa, a lúcida lição de Javier Pascua o qual, mesmo reconhecendo as naturais dificuldades em se lidar com este tipo de provas, notadamente diante de preceitos constitucionais protetores da intimidade do cidadão, preleciona:

Como corolario, no se puede desconocer que la función de clarificación en el proceso penal no puede ser ilimitada como lo pretendió el magistrado Cardozo, sino que por el contrario, la investigación de la denominada verdad procesal debe encontrarse restringida por limitaciones, prohibiciones y exclusiones en orden a la prueba, su práctica, su evaluación y aprovechamiento, pero ello a mi juicio, no debe implicar asumir una posición extrema de manera que la prueba a través de las modernas técnicas de captación deba ser radicalmente rechazada y rotulada siempre de ilícita por decirse sin más violatoria de la intimidad de las personas o el debido proceso legal particularmente por su forma de producción (subrepticia o encubierta), pues existen, como ya se ha visto, múltiples tonalidades en su génesis, motivos, operadores y finalidad que no pueden ser obviados en el adecuado encasillamiento y mérito de estos medios probatorios.²¹²

Em seguida, com o objetivo de apresentar uma análise um pouco mais detalhista e específica a respeito do assunto, serão analisadas as hipóteses onde se entende possível admitir a validade de provas originárias de gravações audiovisuais, assim como outras hipóteses em que essas espécies de provas deverão ser repudiadas no processo, por ilícitas.

5.1. CAPTAÇÃO DE IMAGENS POR CÂMERAS DE SEGURANÇA E SUA VALIDADE COMO PROVA.

Como afirmado anteriormente, a instalação de câmeras de segurança em ambientes públicos e semipúblicos – ou seja, aqueles onde, apesar de consistirem em

²¹² Francisco Javier Pascua, ob. cit. p. 173-174.

propriedades particulares, caracterizam-se pela existência de tráfego, sem obstáculos, de grande número de pessoas, como *shopping centers*, agências bancárias etc. - constitui, atualmente, em realidade corriqueira em grandes centros.

Apenas a título ilustrativo, vale ser lembrado que em uma cidade do interior paulista, a simples instalação de câmeras de segurança nas vias públicas foi suficiente para reduzir em cerca de sessenta por cento a incidência de furtos e roubos de veículos nas vias centrais do Município.²¹³ Existem pessoas que consideram normal e desejável ser monitoradas permanentemente nas ruas, agências bancárias, entrada de prédios comerciais e residenciais e até em restaurantes, uma vez que, em sua percepção, essa forma de observação lhes proporciona uma sensação maior de segurança, na medida em que as outras pessoas também estejam sendo observadas.

Por outro lado, outras pessoas consideram esse monitoramento como *bisbilhotagem* e invasão de privacidade.

Mesmo com a controvérsia, o uso de equipamentos de vigilância continua aumentando em todas as grandes cidades do mundo. No Brasil, dado o extenso índice de criminalidade que assola, especialmente, os maiores centros urbanos, tornou-se relativamente comum a instalação de câmeras de segurança em estabelecimentos comerciais, prédios públicos e particulares e vias públicas, não existindo, porém, normas que regulamentem o uso desses aparelhos.

De forma prudente e inovadora, o legislador espanhol antecipou-se, em relação a aspectos da videovigilância, a partir do momento em que editou a Lei Orgânica n. 4/1997. Por meio dessa norma, não apenas se regulamentou, mas se deu um norte à forma de utilização de câmeras de vigilância pela autoridade policial em lugares públicos, sejam eles fechados ou abertos.

Desse modo, e oportunamente, o legislador espanhol regulamentou a forma de tratamento a ser conferido às imagens captadas em locais públicos, estabelecendo os seguintes requisitos para sua validade no âmbito judicial: a-) a captação de imagens deve ser precedida de autorização prévia, fornecida por um órgão colegiado presidido por um magistrado, sem a qual a câmera de vigilância não poderá ser instalada (art.

²¹³ O Estado de São Paulo, edição de 1-5-2003, Suplemento Informática.

3º);²¹⁴ b-) referida autorização deverá ser motivada e indicativa do local exato onde poderá ser instalado o equipamento; e, finalmente, c-) as gravações de imagens e sons deverão ser destruídas, no prazo máximo de um mês, a partir da data em que foi realizada a filmagem, exceto se documentarem a prática de algum ilícito, em relação ao qual tenha sido instaurada investigação policial ou judicial (art. 8.1).

Em seu artigo 6º, referida norma fixa o que denomina de princípios para utilização das videocâmeras, estabelecendo os pressupostos dentro dos quais as imagens captadas por tais objetos poderão ser utilizadas como prova em processo judicial.

Por seu caráter didático, vale transcrever mencionado dispositivo:

Artículo 6. Principios de utilización de las videocámaras.

1. La utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima.

2. La idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas.

²¹⁴ Apesar de aludida determinação legal, há precedentes, no próprio direito espanhol, de condenação efetivada a partir de imagens colhidas por câmeras de vigilância, instaladas em local público, sem autorização do órgão colegiado. Consta que, em fins de outubro de 2001, um imigrante liberiano foi condenado a seis anos de prisão por tráfico de drogas, sendo que o mesmo foi detido graças a captação de imagens efetivadas por uma câmera de vigilância instalada em determinada rua da Província de Lleida. Argumentado esse fato pela defesa, a própria Audiência de Lleida reconheceu que a instalação da câmera era ilegal, por ausência da necessária autorização exigida pela Lei Orgânica 4/1997. Entretanto, considerou que não houve violação a direitos fundamentais do condenado - como intimidade e privacidade - uma vez que esse sistema de vigilância consiste apenas em visualização e observação genéricas de determinados locais de vias públicas, não havendo a gravação permanente de imagens. Desse modo, os agentes policiais, através das videocâmeras observaram exatamente a mesma cena que poderia ser vislumbrado por qualquer pessoa que estivesse no local. Entendeu a Audiência de Lleida que a simples visualização por meios de câmeras equivale a observação direta. Em seguida, a Corte, por esses argumentos, considerou que a prova eventualmente originária desse instrumento deveria ser considerada lícita. (in <www.elmundo.es/2001/11/01/catalunya/1066824.html>, acesso em 15.4.2002.

4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles.

5. No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

No direito argentino, a Lei 24.192, a qual modificou a Lei 23.184, autoriza a utilização de filmagens em espetáculos esportivos, os quais possuem validade como prova (art. 44).

No Brasil, a Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, determina que em “estádios com capacidade superior a vinte mil pessoas, deverá ser viabilizada uma central de informações, com infraestrutura suficiente para viabilizar o monitoramento por imagem do público presente” (art. 18).

Não há dúvidas de que a utilização de câmeras de segurança em locais públicos é ato válido como prova em processo judicial, não consistindo violação à intimidade e privacidade do indivíduo. O simples fato de o agente se expor, deliberadamente, ao exercício de qualquer atividade, lícita ou não, em local público, parece autorizar o entendimento de que o mesmo estaria abdicando de parcela de seu direito à intimidade e autorizando terceiros a compartilhar do conhecimento de fatos que apenas ao mesmo – ou seja, ao agente visualizado - dizem respeito.

Esse entendimento mostra-se adequado, principalmente porque a conduta ou objeto eventualmente visualizado através das câmeras de segurança, em locais públicos, consiste basicamente em cenas que poderiam ser observadas, de forma direta e imediata, por transeuntes, fato que, conclui-se, não se caracteriza invasão a direitos fundamentais do agente.

É conveniente, entretanto, impor determinados limites a esse modo de captação de provas audiovisuais. Isso significa que não deve ser autorizada a captação de imagens e sons quando ficar caracterizado o que pode ser denominado como abusivo excesso de zelo, por parte das autoridades, na defesa da segurança pública.

Assim, não se deve permitir a utilização de imagens captadas por câmeras de segurança que, mesmo instaladas em locais públicos, possam captar imagens do interior de moradias ou escritórios. Da mesma forma, não se admite a instalação de câmeras em residências privadas, cujo fim é o de monitorar as atividades, supostamente ilícitas, ocorridas em outras residências próximas, gravando imagens de fatos ocorridos nos domicílios de vizinhos. Nessas hipóteses, não haveria como negar a existência de intolerável afronta ao direito à privacidade da pessoa atingida e de seus familiares.

Da mesma forma, não poderia ser admitida como possível a criação, por órgãos públicos, de arquivos de imagens e sons, como forma de se criar hediondos dossiês de pessoas suspeitas. Efetivada a captação audiovisual, e não vislumbrado qualquer interesse público na imagem, para fins de comprovação de práticas ilícitas, as mesmas devem ser destruídas tão logo quanto possível, não podendo ser utilizadas para qualquer outra finalidade.

5.2. CÂMERAS DE SEGURANÇA INSTALADAS POR PARTICULARES.

Em relação às câmeras de segurança, instaladas por particulares, em pontos de comércio, prédios, hospitais, hotéis etc., desde que visíveis, não possuem potencial lesivo suficiente para ofender a intimidade ou privacidade de terceiros.

Insta observar que essas espécies de gravações audiovisuais não têm por finalidade principal a prática de intromissão na intimidade alheia ou no cotidiano das pessoas, mas em mera observação e vigilância de locais determinados, motivada por razões de segurança e investigação de possíveis delitos que possam ocorrer no local.

Sendo indeterminada e difusa a observação, vez que não visa a qualquer pessoa em particular, não há que se falar em violação de direitos fundamentais, valendo essa espécie de filmagem, como prova.

Diante da seguinte situação, vale a indagação: a câmara de segurança é instalada, de forma ostensiva, em determinado estabelecimento comercial. Um dia, através de suas imagens, é flagrada a prática de crime, não havendo qualquer outra prova, especialmente testemunhal, a respeito da autoria do fato. Pergunta-se: essa prova seria válida? A resposta é positiva. Deve ser observado que não havia outro meio razoável de se demonstrar a autoria do fato delituoso. Ademais, não se fala em violação da intimidade do indivíduo, vez que a câmara responsável pela captação das imagens era ostensiva e não oculta, sendo razoável admitir-se que todas as pessoas que espontaneamente entrem em locais como esse – monitorados por câmeras visíveis – tenham plena ciência de que, ao frequentarem o local, aceitam abdicar de parte de sua intimidade em benefício de outros fatores, dentre eles, a segurança.

Em interessante julgado, do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo foi aceita como lícita prova originária de gravação de imagens. Assim ficou ementado o acórdão:

PROVA. Imagens captadas por câmara de vídeo instalada em casa comercial, em local de público acesso, com o intuito de controlar a atividade de empregados e clientes – Valor. Constituem prova lícita as imagens animadas de câmara de vídeo instalada em casa comercial, com o intuito de controlar a atividade de empregados e clientes, desde que afixada em local de público acesso, com preservação da intimidade das pessoas, uma vez que se trata de exercício regular de direito do proprietário da empresa.²¹⁵

A captação de imagens em ambientes comerciais e laborais, porém, enfrenta limites. Ainda que sua finalidade – na hipótese do exemplo acima - seja controlar o exercício das atividades de empregados e clientes, as câmeras também registram todo o restante dos atos praticados pelas pessoas que frequentam a empresa, sendo que muitos desses atos pertencem à estrita esfera de intimidade dos trabalhadores e clientes.

Por essa razão, a implantação deste sistema de gravações audiovisuais deve ser seletivo em relação às imagens captadas, de forma a não se admitir a instalação de câmeras de vigilância em locais onde se espera obediência ao princípio da intimidade.

²¹⁵ TACrimSP, Apelação n. 1.242.397/0 – São José dos Campos. 15ª. Câmara. Rel. Juiz Carlos Biasotti. 19.04.2001. V. unânime. Voto n. 2.884

Dentre esses locais, podem ser citados os banheiros, vestiários, refeitórios ou mesmo quaisquer outros locais onde inexista legítimo interesse da empresa em monitorar a atividade das pessoas que se encontrem no local. Eventual hipótese de captação de imagens em lugares assim deverá ser tida por abusiva e violatória de direitos fundamentais preconizados pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

5.3. CAPTAÇÃO DE IMAGENS POR CÂMERAS OCULTAS E SUA VALIDADE COMO PROVA

À primeira vista, parece ser o raciocínio mais correto aquele que também considera ilícita a prova obtida por gravação de imagem, através de câmeras ocultas, em ambientes públicos. Nesses casos, regra geral, a prova não deve ser incorporada ao processo e, se eventualmente incorporada, não deve ser valorada, exceto em situações de caráter excepcional.

Esse raciocínio é justo e se dá em virtude de o recurso de gravação de imagens, por câmeras ocultas, ser, muitas vezes, capaz de revelar situações jurídicas ou práticas delituosas quase sempre impossíveis de serem rebatidas em juízo, o que, aparentemente, violaria o princípio constitucional da ampla defesa.

Nesses casos, e quando a pessoa estiver sendo gravada, sem seu conhecimento - por câmera oculta - em conversa com terceiro, não é incomum que o interlocutor encaminhe o curso do diálogo de tal forma que incentive e induza a pessoa objeto da filmagem clandestina a se autoincriminar. Ao se deparar com essa situação, em eventual processo criminal, nada mais resta ao interlocutor incriminado, em matéria de defesa, senão apresentar argumentos relativos à possível invalidade da prova, por violatória a direitos fundamentais da privacidade e intimidade. Sobre o mérito, propriamente dito, não há muito que se fazer em matéria de defesa.

Feitas essas considerações, parece que - repita-se, exceto em situações excepcionais - apenas o poder público, em hipóteses específicas e taxativamente previstas em lei, poderia, após a devida autorização judicial, realizar essas espécies de gravações sub-reptícias.

Mas, mesmo assim, possível decisão judicial, que autorize a gravação de imagens por câmera oculta, deverá observar alguns requisitos essenciais, sob pena de vulnerar as garantias constitucionais do investigando e provocar indevido constrangimento ilegal ao mesmo. Esses requisitos²¹⁶ podem ser sintetizados da seguinte forma:

a) Vinculação do agente ao fato: esse requisito indica a necessidade de existência de indícios mínimos, que vinculem a pessoa objeto da filmagem à prática do ato ilícito. Parece ser evidente que eventuais suspeitas, quando não justificadas por fatos ou circunstâncias concretas sobre essa vinculação, não servem como justificativas para se autorizar o monitoramento do agente por câmeras ocultas.

Estabelecida a afirmação acima, a realidade consiste em que, ainda na atualidade, considera-se normal a discussão sobre se essa modalidade de prova poderia ser validamente utilizada para a busca difusa de suspeitos por práticas de ilícitos ou, ao contrário, somente poderia ser adotada quando houvesse pessoa determinada, ou grupo de pessoas, em relação às quais houvesse fundadas suspeitas de autoria criminosa.

Exemplificando: em determinado órgão público, foi detectada a ocorrência de desvio de verbas do erário, sem que, no entanto, exista o menor indício da autoria da prática criminosa. Em casos assim, a simples autorização judicial para captação de imagens aleatórias e genéricas, visando a descoberta do autor do delito, torna-se inviável, vez que haveria clara lesão a direitos fundamentais de pessoas que, obviamente, nenhuma vinculação têm com o fato objeto da investigação. Nessa situação se encontra a quase totalidade dos agentes que trabalham no órgão público, em detrimento dos quais nenhum sentido haveria a instauração de medidas invasivas a seus direitos de intimidade e privacidade, com o fim de se descobrir um único agente público delinquente.

Portanto, uma possível medida judicial que autorize a realização de provas, mediante captação de imagens por câmera oculta, deve visar pessoa ou grupo de pessoas certas e determinadas, não se admitindo, para fins de investigação, gravações difusas e

²¹⁶ Mencionados com base nas preciosas lições de Marcelo Nicolas Jaime e retiradas de seu artigo denominado ‘La intromisión estatal en la esfera de intimidad de las personas confines probatorios...’, publicado em obra coletiva denominada *Exigências actuales de la persecución penal*. P. 173/176.

sem objetivo específico, sob pena de prática de constrangimento ilegal, injustamente patrocinado pelo próprio Estado.

b-) Necessidade: o requisito da necessidade indica que o ato invasivo deve se mostrar como absolutamente necessário para obtenção dos elementos probatórios necessários para instauração de processo criminal contra o investigando. Não é só. O recurso da câmera oculta deve restar como o único viável para a comprovação do ilícito. Se houver outro meio probatório possível, e menos invasivo, para obtenção das mesmas informações, a prova obtida por captação de imagens – de forma oculta – será invalidada pela ausência do requisito necessidade.

c-) Proporcionalidade: o requisito da proporcionalidade, consiste, basicamente, na medida exata que deve existir entre a quantidade de invasão à intimidade e privacidade, autorizados judicialmente, com a necessidade de obtenção dos elementos de prova.

Assim se o órgão julgador determina que a obtenção das imagens somente possa ser feita dentro de certos limites físicos ou territoriais – por exemplo, somente no local de trabalho ou no automóvel do suspeito, proibindo a captação de imagens na residência deste – caso haja o excesso por parte da autoridade que investiga, a prova será ilícita e abusiva, não podendo ser utilizada no processo.

d-) Mínima lesividade: o requisito da mínima lesividade se apresenta como consequência direta do anterior, o da proporcionalidade. Através dele se impõe ao investigador que execute os atos de coleta de provas de forma a não acarretar prejuízos desnecessários à intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa suspeita ou de terceiros que convivam com esta.

Assim, na execução da medida deve ser observado, sempre, o meio menos danoso e invasivo possível para se obter o elemento de prova, resguardando-se, desta forma, e sempre que possível, a integridade moral do investigando.

À parte essas considerações e, reiterada a necessidade de observância dos requisitos acima para validade desse meio de prova, não se pode esquecer que sua discussão sempre virá acompanhada por polêmicas, especialmente porque, apesar da utilização dos recursos provenientes de gravações através de câmeras ocultas

possibilita a descoberta de graves delitos, os quais normalmente não poderiam ser solucionados por outro modo, a falta de regulamentação a respeito dos critérios de utilização desse instrumento probatório, por parte do legislador, proporciona o surgimento de dúvidas a respeito de sua validade ou não no processo, conforme a situação concreta que se põe diante do órgão julgador. Portanto, caberá a este avaliar, conforme as alegações formuladas nos autos, em qual medida a prova poderá ser apreciada ou, simplesmente, invalidada, por eventual afronta a direitos individuais.

5.3.1. Gravação sub-reptícia de imagem efetivada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro

Os tribunais brasileiros já tiveram oportunidade de analisar, com relativa frequência, a questão referente à legalidade, como prova processual, da gravação de diálogo telefônico feito por um dos interlocutores ou, ainda, por terceira pessoa - nesta última hipótese com conhecimento e autorização de um dos interlocutores.

Pertinente citar alguns desses exemplos, notadamente porque a gravação sub-reptícia de sons guarda similitudes com a gravação sub-reptícia de imagens. Dentre esses precedentes, podem ser citados os seguintes:

O Supremo Tribunal Federal [...] tem entendido que não há qualquer violação constitucional ao direito de privacidade quando a 'gravação de conversa telefônica for feita por um dos interlocutores ou com sua autorização e sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último.²¹⁷

Do mesmo modo o RHC n. 5944-PR, proveniente 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde se decidiu que:

Não é considerada ilícita prova resultante de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, se a ela são anexados outros elementos probatórios.²¹⁸

²¹⁷ rel. Min. Jorge Scartezini, RHC 9735-SP, RT 795/543.

²¹⁸ rel. Min. Fernando Gonçalves, RT 742/574.

Esse entendimento acompanha posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, regra geral, admite como lícita prova originária de gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro (outro exemplo pode ser encontrado no HC 75.338-RJ, informativo STF n. 102); e, também a gravação feita por terceira pessoa, com autorização de um dos interlocutores e sem o conhecimento do outro.²¹⁹

Luiz Francisco Torquato Avólio, explica que esse procedimento é denominado como gravação clandestina, caracterizando-se como aquela realizada pelo próprio interlocutor. Esta espécie de intervenção, por não ter terceira pessoa envolvida, e sendo do pleno conhecimento de um dos interlocutores, não se enquadra no conceito de interceptação, consistindo precisamente em mero registro de conversa telefônica (gravação clandestina propriamente dita) ou conversa entre presentes (gravações ambientais). Avólio conclui, em sua obra, que "a prova obtida através de gravação clandestina seria irrestritamente admissível. Qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa. O que se proíbe é a divulgação indevida."²²⁰

O posicionamento acima, não obstante amparado por julgados e outros precedentes doutrinários semelhantes, uma vez transposto para o campo das gravações audiovisuais, deve ser analisado de forma relativa.

Admitir, indiscriminadamente, como válida toda prova obtida por gravação clandestina de imagens seria o mesmo que jogar por terra princípios constitucionais como o da ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV da Constituição). Óbvio que o conteúdo das gravações, captadas de forma clandestina, poderia documentar diálogos em que o interlocutor interessado, de forma astuciosa, pudesse induzir a outra parte a, voluntariamente, se autoincriminar.

Já não se discute mais que o princípio da não autoincriminação, ou princípio *nemo tenetur se detegere*, tem sido considerado como direito fundamental do cidadão. Esse direito, aplicado especialmente ao campo da produção probatória, assegura plena liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, e não pode ser resumido ao mero direito ao

²¹⁹ Cf. HC 74.678-DF, rel. Min. Moreira Alves, 10.6.97, Informativo STF n. 75. Além desses precedentes, podem ser citados outros, como: o HC n. 57.961-SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça; os HC 80.949-9-RJ, HC 84.046-SP e, finalmente, HC 84.847-SP.

²²⁰ Luiz Francisco Torquato Avólio. *Provas ilícitas...*, p. 108.

silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal. Assim, valendo das preciosas lições de Maria Elizabeth Queijo:

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatórios, sugestões e dissimulações.²²¹

Concluindo, impossível admitir que o Judiciário, a pretexto de esclarecer uma determinada prática delitativa, aceite, no processo, a juntada de provas que violem dispositivos constitucionais tão preciosos às garantias do indivíduo. Vale ressaltar que, nessas hipóteses, não é apenas o direito individual do investigado, ou acusado, que se encontra violado, uma vez que não se nega que o respeito a essa garantia consiste em interesse de toda a sociedade, a qual possui inviolável direito ao funcionamento justo e correto da atividade jurisdicional do Estado.

5.3.2. E quando o interlocutor que esteja sendo vítima de crime utiliza-se de tal meio probatório, gravando imagens clandestinas de diálogo com o suposto autor do crime?

Feita a indagação acima, desde já importa fechar questão em relação a um ponto específico: a gravação sub-reptícia de imagens feita por particular sem conhecimento dos interlocutores, regra geral, não poderá ser admitida como prova, exceto em situações muito especiais. Vale a pena analisar, com algum cuidado, a questão.

²²¹ Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir provas...*, p.54 e 55. Vale citar que através desse trabalho, a autora obteve o título de doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em outra passagem dessa valiosa obra, Maria Elizabeth explica que “a advertência com relação ao *nemo tenetur se detegere* e a conseqüente inexistência do dever de colaborar é essencial para que o acusado possa autodeterminar-se livremente no momento da produção da prova: deverá ele decidir, devidamente informado sobre seu direito, se colabora ou não na persecução penal. [...] Omitindo-se a advertência, tal qual ocorre no momento do interrogatório, há o risco de que o acusado, desinformado, acabe cooperando na produção de prova que possa incriminá-lo involuntariamente. Vedam-se, assim, por consequência, quaisquer métodos capciosos ou enganosos que possam ser utilizados pelas autoridades com a finalidade de obter a colaboração involuntária do acusado na produção da prova, como v.g., o caso ocorrido nos Estados Unidos, em que a autoridade policial convidou o investigado para tomar café, durante seu interrogatório, a fim de colher saliva para realização de exame de DNA.”, p. 318.

A exceção ocorre quando a gravação tenha sido efetivada por pessoa vítima de delito que esteja sendo praticado contra si ou pessoa de seu convívio, ou, ainda, quando as circunstâncias do fato denotem outras causas que justifiquem o que se denomina estado de necessidade ou legítima defesa, conforme se apresente a situação concreta.

Dentro dos parâmetros próprios do instituto da liberdade probatória, se considera indevida eventual decisão judicial que inadmite, de plano, qualquer gravação clandestina de imagens, sem atentar para as circunstâncias do caso concreto. Isso significa que, se o indivíduo se encontra diante de pessoa que o ameaça ou ameaça a sua família ou, ainda, tenta extorqui-lo, seja em ambiente privado ou público, possui pleno direito de utilizar todos os meios justificáveis para comprovar a existência da violência e fazer com que a mesma cesse.²²² Não é só: toda pessoa tem o direito inquestionável de denunciar às autoridades constituídas a prática de quaisquer delitos, mormente aqueles em que figura como vítima, sendo que, implícito a esse direito, se encontra o de apresentar provas em relação às suas afirmações.

A esse respeito, o jurista argentino, Carlos Alberto Carbone, assentou, de forma esclarecedora, que:

Se afirma que se lo filmado es la comisión del hecho delictivo, el autor del mismo nunca puede alegar una violación a su privacidad porque está atacando así el orden social. [...]

La intimidade es um derecho que sólo puede ser disfrutado y protegido a quien actúa en su ámbito privado pero lícitamente, no cuando delinque o se refiere a un delito.

Quien comete um delito y com ello está quebrantando el orden social actuando antijurídicamente, ninguna intimidad puede reclamar porque está directa o indirectamente afectando los bienes jurídicos de terceros y de la sociedad toda, y com ello está precisamente

²²² Em decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Nelson Jobim, acerca de gravação de conversa telefônica por interlocutor, relatou: “É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida (HC n. 75.338-RJ – Informativo STF n. 124).

desbordando los meros límites de la esfera de su intimidad y vida privada.

*De modo que el autor del hecho no puede pretender invalidar la prueba bajo este pretexto.*²²³

A afirmação revela-se bem coerente com a realidade sócio-jurídica atual, uma vez que, relativamente ao agressor, e a partir do momento em que este opta por ameaçar, praticar extorsão ou qualquer outro crime contra terceiros, em local público ou privado, o mesmo, de forma consciente ou não, se priva do direito de argumentar eventual violação a seu direito à intimidade ou privacidade. Essa argumentação é pertinente, uma vez que, dentro de uma correta ponderação dos valores constitucionais eventualmente atingidos, o direito à legítima defesa ou o estado de necessidade deve preponderar sobre os demais.²²⁴

Isso significa que, se o ofendido, tendo seu patrimônio deliberadamente, e seguidas vezes, danificado por terceiros, instala câmera escondida, visando identificar o agressor, fica autorizado a utilizar a prova obtida em juízo, sem que esta seja considerada ilícita por eventual afronta à intimidade do agressor.²²⁵

Nessa hipótese, ao questionar a validade da prova por imagem, o delinquente estaria buscando não o resguardo à sua intimidade e, sim, sua impunidade, que é coisa muito diferente e, obviamente, não amparada pelo direito. Por outro lado, quem assume um diálogo com outra pessoa e confessa suas atividades delituosas ou, de outra forma, pratica delito contra tal pessoa²²⁶ (ex.: grave e fundada ameaça, extorsão etc.), se expõe, livremente, ao risco de que seu interlocutor possa lhe delatar, renunciando, de tal forma, àquilo que se denomina razoável expectativa de intimidade.

²²³ Carlos Alberto Carbone, ob. cit. P.305/306.

²²⁴ Eduardo M. Jauchen, ob. cit. p. 211, afirma acertadamente que não se trata “*del particular que hace una injerencia en situaciones o momentos de la vida privada común de otro, por mero placer, curiosidad, o cualquier otro motivo, vulnerando de este modo el derecho a la intimidad, sino únicamente cuando su actividad está encaminada, mediante la utilización de medios técnicos ocultos, a la captación y registración de una actividad delictiva. En concreto, de un delito que está por cometerse, de un delito que se está ejecutando, de un delito que ya se ha cometido o de un delito que se intenta cometer contra él.*”

²²⁵ STF, HC n. 84.203, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.5.04, p. 9.

²²⁶ Como, por exemplo, grave ameaça (art. 147 do Código Penal) ou extorsão (art. 158, CP).

Deve ser esclarecido que, na afirmação acima, não se renega o direito do acusado ou investigado a não se autoincriminar, instituto sucintamente comentado na parte final do item 5.3.1, supra.

Não se nega – de igual forma - que a garantia de não obrigar a pessoa a declarar contra si mesmo, impõe um limite ao *jus puniendi* estatal, razão pela qual o Constituinte de 1988, no artigo 5º, inciso LXIII da Carta Magna conferiu à pessoa sob custódia policial a garantia de ser informada sobre seus direitos, dentre eles o de permanecer calado, isto é, uma das vertentes do princípio que veda a autoincriminação.²²⁷

Não é disso, porém, que trata a presente hipótese. Quando se reconhece como legítima a prova originária de gravação clandestina de imagens, feita por pessoa que está sendo vítima de delito, não se trata de forjar ou mesmo incentivar uma indesejada autoincriminação. Uma das razões dessa afirmação é que não se obriga o agressor a confessar a prática de um delito, mas apenas fazer cessar - ou documentar, para fins de prova - uma conduta ilícita, voltada contra o próprio agente que capta, sub-repticiamente, as imagens, ou contra terceira pessoa.

A respeito do tema, são elucidativas as lições de Jauchen, para quem:

*Aqui estamos tratando de médios de obtención probatórios ocultos de la comisión o de la confesión de um delito, no de cualquier injerencia em la vida privada.*²²⁸

Ademais, a garantia constitucional expressa, que autoriza o agente a não se autoincriminar (artigo 5º, inciso XLIII, Constituição), se refere a pessoa sob custódia policial ou outra autoridade pública, nada se mencionando a respeito da pessoa que

²²⁷ Já afirmava, em pleno século XVIII, Cesare de Bonesana, o Marques de Beccaria, que uma “contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando seu maior interesse é escondê-la. Como se o homem pudesse jurar de boa fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião!” Disse mais: “Recorra-se à experiência e comprove-se-á que os juramentos são inúteis, pois não existe juiz que não convenha que nunca o juramento faz com que o acusado diga a verdade. A razão indica que assim deve ser, pois todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são inúteis e por conseguinte nefastas”. *Dos delitos e das penas*, trad. De Torrieri Guimarães, p. 30-31

²²⁸ Eduardo M. Jauchen, ob. cit. p. 209.

confessa seu próprio delito, em período anterior a essa fase persecutória, e sem a presença de qualquer autoridade pública.²²⁹

5.3.3. Gravação sub-reptícia de imagens feita pela imprensa e sua validade como prova no processo penal.

Não raro, a imprensa investigativa costuma pautar suas matérias utilizando de critérios censuráveis, tanto sob o ponto de vista ético, como social e econômico. A imprensa, utilizando-se de seu notório poder e influência no âmbito da sociedade costuma, quando quer, impor sentenças sem qualquer fundamento jurídico consistente e, quando, finalmente, os tribunais se manifestam, são acusados de promover a lentidão da justiça e de não atender os interesses da sociedade.

No afã de buscar informações bombásticas, que causem impactos sociais, os repórteres que adotam a linha de atuação investigativa muitas vezes não se importam em violar direitos fundamentais do indivíduo, como a honra, dignidade, intimidade e privacidade. Atuam sempre nos limites entre aquilo que se denomina interesse público e o interesse do público, ou mera curiosidade do público.²³⁰

O primeiro – interesse público – é legítimo e, utilizado conforme os anseios de cidadania da sociedade, se encontra protegido pelo disposto nos artigos 5º, inciso XIV da Constituição Federal, que garante a todos o livre acesso à informação,²³¹ bem assim o que consta do artigo 220 e seu parágrafo primeiro, o qual trata da liberdade de imprensa,²³² devendo ser explorado, por motivos óbvios, em sua plenitude. Já o

²²⁹ Socorremo-nos, mais uma vez, das preciosas lições de Carlos Alberto Carbone a respeito do tema. Assim, sobre a auto-incriminação e sua relação com a gravação oculta de imagens, o juiz argentino explica: *“Por lo demás, no remitimos a nuestra concepción de que aqui tampoco podrá alegarse una autoincriminación inducida que viole la garantía de declarar contra sí mismo del artículo 18 de la Constitución Nacional [argentina], porque no hay ningún poder estatal en esa injerencia, no hay proceso penal abierto, y no será el contenido de la filmación, por más que admita el afectado su participación o culpabilidad, una confesión judicial, sino un documento que contendrá un elemento de prueba que deberá ser valorado a la hora de la sentencia y de acuerdo a las demás probanzas”*. Ob. cit., p. 306.

²³⁰ Jayme Weingartner Neto, Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa, Uma Pauta de Justificação Penal, p. 268

²³¹ Mencionado dispositivo, em sua íntegra, afirma: *“XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”*

²³² Encontra-se assim transcrito tais dispositivos: *“Art. 220. A manifestação do pensamento. A criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição,*

denominado interesse do público ou, nas palavras de Eugênio Bucci, “curiosidade perversa do público”,²³³ não deve consistir jamais em fim próprio da imprensa, vez que facilmente guiado por critérios como audiência e espetáculo, tão ao gosto de sociedades com escasso desenvolvimento cultural.

Foi estudado, no ponto 4.5.7, deste trabalho, uma severa crítica à utilização disseminada de câmeras ocultas no jornalismo investigativo, especialmente no que diz respeito àquelas reportagens cujos objetivos resumem-se a causar impacto social, transformando repórteres em falsos paladinos do combate à impunidade. Da forma como alguns repórteres investigativos procedem atualmente, com larga utilização de câmeras escondidas, estes se permitem o direito de violar a intimidade e privacidade das pessoas sobre as quais pesa alguma suspeita de delito – algumas vezes confirmadas, outras não - sendo que eventuais imagens captadas sub-repticiamente são levadas ao horário nobre da televisão.

Como, normalmente, se capta alguma espécie de delito, mesmo de pequena monta, é criada, na mente dos telespectadores, uma sensação de revanche contra o caos administrativo e a impunidade, transformando pequenos estelionatários ou agentes públicos corruptos de graduação inferior em vilões circunstanciais de toda a Nação.

O problema dessa prática é que, não raro, a realização de matérias jornalísticas com câmeras ocultas atinge limites que nem ao próprio Estado, e a seus órgãos de persecução, se permite.

Alguém pode imaginar, como válida, prova coletada por autoridade policial que se utilize de expedientes semelhantes, induzindo as pessoas objeto de filmagem a praticarem atos de autoincriminação? Exceto na hipótese de flagrante delito, a autoridade policial somente pode adentrar no domicílio ou local de trabalho de suspeitos, mediante a apresentação de mandado judicial, medida saudável e garantidora dos direitos fundamentais do indivíduo contra ações abusivas do Estado, conforme determina o artigo 5º, inciso XI da Magna Carta. Por qual razão, então, não se exige procedimento semelhante das redes de televisão?

observado o disposto nessa Constituição. § 1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (...)

²³³ Eugênio Bucci. Sobre Ética e Imprensa, p. 174.

Apesar de todo o afirmado, e mesmo diante dos eventuais abusos que podem ocorrer na elaboração de reportagens com câmeras ocultas, não deve ser ignorado que referida tecnologia veio para ficar. A tendência observada é de que a mesma continue a ser utilizada, cada vez em maior escala, pelas redes de televisão.

Partindo desse pressuposto, a pergunta que se faz é a seguinte: a gravação clandestina de imagens, efetivada por repórteres, poderá ser utilizada licitamente como prova no processo criminal? Resposta: ainda que procurando afastar a aplicação das teorias da fonte independente (*independent source*) e descobrimento inevitável (*inevitable discovery*), por meio de outros modos de investigação, ousa-se afirmar que, em determinadas e muito específicas situações, é perfeitamente admissível a utilização deste recurso no âmbito das provas penais.

Os limites à liberdade de imprensa decorrem sempre da norma legal e da Constituição Federal e têm como fim salvaguardar a integridade moral dos cidadãos e defender o interesse público e a ordem democrática. Em regra, quando houver conflito entre a liberdade de informação exercida pela imprensa, e o direito à intimidade e honra do cidadão, não se encontrando uma otimização equilibrada e ponderada entre ambos, este último deverá prevalecer.

Em que pese a afirmação acima, é possível, em determinados casos, admitir que a esfera de proteção de um desses direitos possa ser diminuída em benefício de outro direito, como será, por exemplo, o caso da intimidade e honra de agentes públicos, notadamente os titulares de mandatos políticos e cargos na Administração Pública,²³⁴ cuja amplitude deverá ser tida por menos extensa em confronto com os demais

²³⁴ Alexandre de Moraes, em artigo publicado na *Revista Diálogo Jurídico*, n. 12, Março 2002, explica que "(...) exige-se ao administrador, no exercício de sua função pública, fiel cumprimento aos princípios da administração e, em especial, à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo respeitos aos princípios éticos da razoabilidade e justiça. (...) dessa forma, a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se da inviolabilidade à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade. Portanto, será permitida a utilização de gravações clandestinas, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, no exercício de sua função, na prática de atos ilícitos (por ex.: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou vida privada no trato da *res publica*; pois, na Administração Pública não vigora o *sigilo* na condução dos negócios políticos do Estado, mas sim o *princípio da publicidade*. (...) Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

cidadãos. Essas pessoas, por razões óbvias, encontram-se sujeitas a uma maior intromissão em suas vidas, especialmente pelos órgãos de comunicação. Nesses casos, deve ser exigido da imprensa um maior grau de comprometimento com a objetividade e verdade dos fatos narrados, sob pena de responsabilização civil e penal pela divulgação de possíveis informações inverídicas.

É que nessas hipóteses, entre os princípios da liberdade de informação e a garantia da intimidade e honra do agente público, encontra-se inserido aquilo que Jayme Weingartner Neto denomina direito de necessidade. São suas as palavras:

Tenha-se em mente caso de corrupção administrativa em que jornalista, disfarçado de empresário grava, sem conhecimento e consentimento, oferecimento de vantagens indevidas por parte do agente administrativo. De posse das fitas, pode uma estação de televisão divulgar os diálogos? ²³⁵

Respondendo à indagação, entende-se que, nessas circunstâncias, a resposta deve ser positiva. Em primeiro lugar, porque a liberdade de imprensa deve salvaguardar o interesse público. Por outro lado, estando em jogo interesses que, em seu conjunto, superam o interesse sacrificado,²³⁶ tais como denúncias de crimes graves ou atos de improbidade administrativa lesiva ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, parece claro que o interesse social deve preponderar. Do contrário, seria como se a norma legal e constitucional oferecesse respaldo a corruptos, criminosos e outras espécies de delinquentes que lesam a sociedade e a Administração Pública.

Prosseguindo no raciocínio, ao admitir-se a veiculação dessas informações, uma indagação surge: em um processo penal, ou mesmo processo cível por prática de ato de improbidade administrativa, pode o Ministério Público utilizar-se dessas gravações como prova para condenação do réu? A resposta é positiva. Claro que, havendo outras provas, de natureza diversa, que auxiliem na demonstração do fato delituoso, tanto melhor.

²³⁵ Jayme Weingartner Neto, in *Honra, privacidade e liberdade de imprensa*, p. 203.

²³⁶ *Idem*, p. 203.

Na valoração processual da prova, impõe-se a observância da regra de proporcionalidade dos princípios em conflito. Já se disse que,²³⁷ na hipótese de haver um conflito de regras, o mesmo deve ser solucionado inserindo uma cláusula de exceção em uma delas, fator que proporciona a eliminação desse conflito. Contudo, caso dois princípios entrem em colisão, necessariamente um deve ceder ante o outro.

É o que ocorre no presente caso. Von Rippe, citado por Maximiliano Hairabedián afirma:

Seria una ilusión pensar que el problema de los limites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la ley fundamental. Mas bien habria que partir de la fórmula general: 'Toda norma de derecho fundamental vale sólo cuando e y en la medida en que al interés de libertad protegido no se le opone ningún interés (bien jurídico) de valor superior'. La aplicación de esta fórmula presupondria una ponderación de los respectivos intereses. Para la 'ponderación de intereses' tendrían gran relevancia las 'circunstancias del caso en particular'."²³⁸

Nesse sentido, parece não haver dúvidas de que o interesse público sobrepõe-se aos caracteres de intimidade, privacidade e à honra do agente público responsável pela prática de atos criminosos. Por isso, é natural que em um sistema ponderado de valoração de princípios, o primeiro prevaleça sobre estes últimos. Pensar de modo diverso seria premiar a ousadia malévola de uns poucos indignos, em sacrifício do patrimônio público e da sociedade.

Conveniente será, porém, adotar postura conforme os princípios e garantias expressos na norma constitucional. Assim, o bem senso e o respeito à norma constitucional recomendam que, antes de proceder à realização de matérias jornalísticas, com o uso de câmeras ocultas, os órgãos de imprensa devem, após demonstrar a existência de indícios da prática de crimes ou atos de corrupção, solicitar mandado

²³⁷ Fala-se, aqui, na celebrada obra apresentada por Robert Alexy, denominada *A teoria dos direitos fundamentais*, trabalho este apresentado como pré-requisito para seu ingresso na Faculdade de Direito da Georg-August-Universität, em Göttingen, Alemanha. A menção é feita apenas a título de informação, vez que o renomado trabalho não foi consultado para a elaboração deste texto.

²³⁸ Maximiliano Hairabedián, ob. cit., p. 217.

judicial que autorize a utilização de métodos sub-reptícios de captação de imagens. Somente então, após ponderação válida dos interesses em discussão, o órgão julgador deverá autorizar a realização da matéria. Essa simples medida terá o condão de acautelar a prova, além de permitir que a mesma possa ser utilizada posteriormente em processo judicial ou, mesmo, administrativo. Sem essa precaução e sem regras claras que limitem a atuação da imprensa, os prejuízos sociais poderiam ser maiores que eventuais benefícios. Além do mais, de que adiantaria se a prova originária da realização de tal gravação sub-reptícia de imagens causasse impacto jornalístico e social, mas fosse nula para fins de instrução processual?

Depois de admitida essa prova no processo, o réu terá plenas condições de refutá-la da forma mais conveniente a seus interesses, dentro dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tão caros à sociedade (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

“Quando o conselho pode grampeá-lo por ter depositado lixo em local proibido, quando as prisões podem gravar as conversas dos advogados de defesa, quando qualquer ato potencialmente criminoso pode justificar uma violação eletrônica da privacidade, e quando ministros recorrem à desculpa usada pelo ditador, de que ‘o inocente não precisa temer’, os sinos de alerta devem começar a soar.” - Simon Jenkins, The Guardian.²³⁹

6. CONCLUSÃO

O tema referente à utilização de gravações de imagens no cotidiano, seja através de câmeras ocultas ou ostensivas, e sua validade como prova no processo penal, é claramente instigante e demanda graves controvérsias no direito. Seus efeitos, entretanto, sequer foram, ainda, tateados pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Dentro desse aspecto, o objetivo visado por este trabalho consiste, principalmente, em tentar trazer à tona a discussão e, por consequência, apresentar algumas propostas para a melhor análise do assunto em nosso direito.

Desse modo, ousa-se apresentar as conclusões a seguir, em relação às quais, espera-se, possam surgir novos e mais abrangentes estudos, sempre visando o que parece ser o objetivo comum das pessoas que se entregam a tal empreitada, ou seja, o enriquecimento da ciência jurídica e surgimento de nova linha de estudos visando esse meio específico de provas audiovisuais.

1. Natureza jurídica da prova originária de captação de imagens.

A prova por captação de imagem possui, em regra, natureza jurídica de prova documental, quando de seu conteúdo emergir cristalinamente o fato delituoso, razão

²³⁹

Edição de 06 de fevereiro de 2008.

pela qual se sujeita às regras previstas nos artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal, no que se refere à sua forma de apresentação e admissibilidade no processo. Quando, porém, as imagens referirem-se a uma mera circunstância do fato delituoso, como, por exemplo, a gravação do suspeito de crime de roubo, momentos antes do fato, com uma arma nas mãos, assume natureza de prova indiciária, devendo ser, em tal hipótese, analisada nos termos do artigo 239 do Código Processual Penal.

2. Possibilidade de adulteração das imagens não deve servir como obstáculo à sua admissibilidade em juízo.

A possibilidade de adulteração, supressão ou outras formas de manipulação do conteúdo expresso em mídias de vídeo e áudio é real e dificulta sobremaneira sua aceitação como meio de prova em juízo. Essa possibilidade, no entanto, não é exclusiva das provas audiovisuais, vez que outros instrumentos ou suportes probatórios, notadamente o papel, tido como o principal e mais seguro dos suportes documentais, não são imunes às investidas de fraudadores, os quais chegam a adulterar e falsificar desde escrituras de aquisição e venda de imóveis até o próprio papel moeda.

3. Imagens captadas por câmeras de segurança v. intimidade e vida privada.

As imagens captadas por câmeras de segurança, instaladas em vias públicas e locais semipúblicos, como shoppings, bancos e lojas comerciais, não constituem afronta à intimidade e privacidade do indivíduo, vez que o fim visado por essas captações é o de simples observação ou visualização da normalidade cotidiana de certos locais, o que não configura o intento específico de *bisbilhotagem*. Regra geral, nessas hipóteses não se objetiva visualizar uma única pessoa ou conjunto de pessoas, mas um número indeterminado e difuso de pessoas que trafegam pelo local vigiado.

Conveniente seria, dada a incrível popularização de tais equipamentos de segurança no Brasil, que, a exemplo do legislador espanhol, e para evitar eventuais abusos em sua utilização, o brasileiro viabilizasse uma norma regulamentando o uso de câmeras de vigilância pela autoridade policial e por particulares, em locais públicos e semipúblicos, abertos ou fechados.

Referida norma poderia ser editada com base nos princípios da razoabilidade e intervenção mínima, com previsão expressa no sentido de limitar a utilização desses

instrumentos, vedando-se, dentre outras hipóteses, a captação de imagens no interior de moradias ou locais de trabalho, mesmo com câmeras instaladas desde locais públicos. Por outro lado, seria conveniente a estipulação de prazos para que as imagens fossem analisadas e destruídas, logo que constatada sua não necessidade para fins de investigação de ilícitos, impedindo-se a criação de supostos bancos de imagens pelas autoridades públicas.

Com essas precauções, eventual utilização de imagens e sons captadas por referidas câmeras de segurança seria invariavelmente válidas no processo penal, mesmo quando não corroborada por outras provas – especialmente se respeitados os princípios da razoabilidade e intervenção mínima - não havendo espaço para questionamentos a respeito de possíveis violações à intimidade ou privacidade do indivíduo.

4. Imagens captadas por câmeras ocultas.

Parece absolutamente necessário que o legislador regulamente as hipóteses em que a captação de imagens, através de câmeras ocultas, possa ser admitida e valorada no processo penal, sempre mediante autorização judicial.

Através dessa regulamentação, algumas circunstâncias devem ser consideradas, dentre elas:

I-) as diversas espécies de locais onde se admitirá essa intervenção, ou seja, se em ambiente privado, como moradia, escritórios, consultórios; e seus anexos, como quintais e jardins; ou locais públicos, como praças, ruas, repartições públicas etc;

II-) devem ser regulamentados, ainda, aspectos como a imperiosa necessidade de autorização judicial para captação de aludidas imagens, e o procedimento a ser adotado no mencionado pedido;

III-) finalmente, deve ser regulamentada a forma e cuidados para a preservação temporária dessas imagens e o período durante o qual a autoridade poderá tê-las em seu poder, antes de, necessariamente, destruí-las. Essa última providência, em especial, é tanto mais necessária quanto maior a proteção conferida aos aspectos da intimidade e da vida privada do investigando, e visa, ainda, evitar a criação de hediondos dossiês eletrônicos por parte das autoridades policiais. Na

decisão que autorize a captação das imagens, o julgador deve sopesar, sob critérios de proporcionalidade, a efetiva necessidade, ou não, dessas medidas, para fins de comprovação de delitos de natureza média e grave.

Sem essa regulamentação, eventual gravação de imagens através de câmeras ocultas – mesmo as realizadas em locais públicos – não deve ser admitida, por si só, como prova no processo. A justificativa para tanto é a de que essas imagens podem revelar situações jurídicas quase impossíveis de serem rebatidas em juízo, fato que violaria não só o princípio constitucional da ampla defesa como o da presunção da inocência.

De qualquer forma, dada a dimensão desse tipo de instrumento de prova, seria conveniente considerar que apenas o Poder Público, em hipóteses taxativas, poderia, após a devida autorização judicial, realizar tal espécie de gravação sub-reptícia.

5. Gravação de imagens, por câmera oculta, quando um dos interlocutores estiver sendo vítima de crime supostamente praticado pelo outro interlocutor.

Em regra, a gravação sub-reptícia de imagens, feita por particular, sem conhecimento dos interlocutores, não poderá ser admitida como prova autônoma no processo. A exceção diz respeito às hipóteses em que a gravação tenha sido efetuada por pessoa vítima de delito praticado contra si ou seus familiares. Ou, ainda, quando as circunstâncias próprias do fato apresentem outras causas que possam ser caracterizadas como estado de necessidade ou legítima defesa.

A justificativa para essa argumentação se encontra no permissivo legal que autoriza ao indivíduo utilizar de todos os meios, proporcionalmente admissíveis, para fazer cessar a violência sofrida por si ou pessoa próxima. De mais a mais, configura direito inalienável da pessoa o de denunciar às autoridades constituídas a prática de quaisquer delitos, especialmente aqueles em que figure como vítima, podendo, por óbvio, apresentar provas passíveis de comprovar suas alegações.

Nem se argumente, em casos assim, que estariam sendo violados direitos do suposto autor de crime de não se autoincriminar, uma vez que esse direito, conforme se observa no texto constitucional (artigo, 5º, inciso LXIII), apenas diz respeito à pessoa sob custódia de agente público, nada mencionando a norma constitucional a respeito da

pessoa que, deliberadamente, admite seu delito perante a própria vítima ou terceiro – sem a presença da autoridade policial.

6. Gravação de imagens, por câmera oculta, feita pela imprensa investigativa.

Problema existente na denominada imprensa investigativa diz respeito à sua tendência em confundir assuntos que se relacionam a algum *interesse público*, o que tornaria sua atuação legítima, de outros, denominados *interesse do público*, ou mera curiosidade pública pelo escândalo (cf. item n. 5.3.3).

Quando presente o *interesse público*, a matéria jornalística é legítima e deve ser admitida em juízo (ex.: matéria que desvende caso de corrupção na Administração Pública ou a ocorrência de crimes de graves proporções). Quando presente o mero *interesse do público*, guiado por critérios de escândalo, impacto social ou simples busca por maiores audiências, as provas audiovisuais captadas não devem ser aceitas em juízo, uma vez que a liberdade de imprensa encontra seus limites nos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem dos cidadãos.

A aferição do *interesse público* na matéria deve ser efetivado com base em critérios de proporcionalidade ou ponderação de valores. Por essa razão, pode ser dito, seria igualmente conveniente – insistindo nesse item – ao legislador editar uma lei determinando a necessidade de prévia autorização judicial para realização dessas matérias. Desse modo, após demonstração, pelo órgão de imprensa, da existência de indícios da prática de crime, o órgão julgador poderia aferir a presença de eventual interesse público ou mero interesse do público na intenção jornalística e, via mandado judicial, autorizar referida intromissão na intimidade do indivíduo – ou mesmo negá-la.

Se efetivada desse modo, uma eventual prática de crime captado pelas câmeras jornalísticas poderia, sem óbices, ser utilizada como prova em processo criminal, uma vez que legitimada através de autorização judicial. Caso contrário, a prova seria nula. E de nada adiantaria a descoberta de um crime grave se a única ou a principal prova disponível fosse nula para fins de processo penal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 2, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva. 6ª. Edição. 2004.

ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e direito penal*. São Paulo: Habeas Editora, 2002.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Verdade processual penal*. Curitiba: Juruá editora. 2006.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARANDIER, Antônio Carlos. *As garantias fundamentais e a prova (e outros temas)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BARON, Sandra. *Lawyers, journalists and hidden cameras*. Disponível em <<http://www.rtnda.org/resorces/hiddencamera/baron.html>>, acesso em: 25.4.2003.

BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal. Apontamentos Gerais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª. Ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2003

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º. Volume. São Paulo: Saraiva. 1988.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BUENO Filho, Edgar Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAGLIARI, José Francisco. *A prova no processo penal*. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/justitia/CRIMINAL/crime%2038.pdf>>, acesso em 29.6. 2003.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997

CALHAU, Lélío Braga. *O direito à prova, as provas ilícitas e as novas tecnologias*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=818>>, acesso em 16.9.2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefônicas y filmaciones como médios de prueba*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2005.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 10ª. edição. 2003.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e sua aplicação aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000.

CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria geral do processo*. 10ª. Ed., 1994.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva e SILVA, Maria Regina Caffaro. Provas ilícitas no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.25, n. 97, p.237-250, jan./mar. 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la verdade en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

_____. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Agressões à intimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001

CRESPO, Carolina Sanchis, *La prueba por soportes informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil*, São Paulo: Método, 2002.

DOTTI, René Ariel. *A proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ECHANDIA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo. n. 32, p. 82/93, out./dez. 1983.

ELLERO, Pietro. *De la certidumbre em los juicios criminales o tratado de la prueba em matéria penal*. Tradução para o espanhol: Adolfo Posada. Buenos Aires: Fabian di Placido Editor, 1998.

ESTRAMPEZ, Manuel Miranda. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, André Dias. A inadmissibilidade de provas ilícitas e a suposta inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na visão do STF. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, n. 15, caderno 3, p. 415/408, 1ª quinzena de agosto, 2002.

FERNANDEZ, Paulo Sérgio Leite e FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 141/154, 1992.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREPAGANI, Guilherme Silva Barbosa. Prova ilícita no direito pátrio e no direito comparado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Ano 3, n. 6, p. 231/235, jul./dez. 1995.

FRONDIZI, Román Julio e DAUDET, María Gabriela S. *Garantias y eficiencia en la prueba penal*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2000.

GARCIA, Maria. Habeas data. O direito à informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 9, n. 36, p. 115/134., jul./set. 2001.

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

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *As constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis Editores, 2000.

GRECO Filho, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Provas Ilícitas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 16, p. 97/108, jun. 1980.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc – Vilela Editor, 2002.

HAMILTON, Sergio Demoro. *As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano 1, n. 6, fev./mar. 2001.

JAIME, Marcelo Nicolas. La intromission estatal en la esfera de intimidad de las personas confines probatórios: su legitimidad, alcances y precisiones en el processo penal. *Exigências actuaes de la persecución penal*. Cafferata Nores, José I. (compilador). Córdoba: Ed. Mediterrânea. 2004

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba em matéria penal*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edirotes, 2002.

LOPES, Dirceu Fernandes. Caminhos do jornalismo investigativo. In *Jornalismo investigativo*. LOPES, Dirceu Fernandes e PROENÇA, José Luiz (orgs.). São Paulo: Publisher Brasil. 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora, 1995.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Pruebas ilícitas*. 2ª. ed. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Alexandre de. Probidade administrativa e provas ilícitas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 12, março, 2002, disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 9.6.2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 205, p. 11/22, jul./set. 1996.

NORES, José I. Cafferata. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: De Palma, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

OTAVIANO, Luiz Renato Telles. Aspectos relevantes sobre as provas ilícitas na doutrina e jurisprudência do direito brasileiro. Universitária. *Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Faculdades Integradas Toledo. Araçatuba, v.3, p. 373/396. n. 1, jul. 2000.

PACHECO, José Maria Tijerino. *Debido proceso y pruebas penales*. Disponível em <<http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/tijeri07.htm>>, acesso em 19.7.2001.

PASCUA, Francisco Javier. *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida, *Proceso penal*. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PIERANGELLI, José Henrique, *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, v. 26. p. 59/79, abr./jun. 1999.

PRAT, Gerado. *Límites éticos y legales de la investigación con cámara oculta*. Disponível em <<http://www.saladeprensa.org/art130.htm>>, acesso em 8.2.2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva. 2003.

RABONESE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. Porto Alegre: Síntese, 1988.

RAUBER, Marcos Eduardo. A valoração de provas ilícitas no processo penal com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. *Revista do Direito*. Departamento de Direito da UNISC. Santa Cruz do Sul; n. 16, p. 151/170, jul./dez. 2001.

SABLEMAN, Mark. *The hidden camera conundrum: a media lawyer's perspective*. Disponível em <<http://www.rtnda.org/resorces/hiddencamera/sableman.html>>, acesso em 25.4. 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. Las tecnologías de información y el proceso penal. Analisis de una crisis anunciada. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Ano 9, n. 14, disponível em: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/chirin14.htm>>, acesso em 15.2.2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. vol.10. ed. São Paulo: Saraiva. 1985.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 2. ed. São Paulo: Leud. 2002.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89/94, abr./jun. 1998.

SIMON, Sandra Lia Simon. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr Editora, 2000.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. v. 16; p. 6/36; jan./jul. 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 75/101, n. 31, jul./set. 2000.

TONINI, Paulo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 3. vol. 21. ed., 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENTURA, Jaime Martinez. *Pruebas ilícitas em el nuevo código procesal penal*. Disponível em http://www.csj.gob.sv/bs_pub.htm, acesso em 20/01/2008.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, Luis Guilherme. O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. Ano II, n. 10, p. 24/36, out./nov. 2001.

VIGGIOLA, Lúcia E. e QUIROGA, Eduardo M. *Valor probatório de los documentos emitidos por sistema informático*. Disponível em <<http://www.aaba.org.ar/bi151303.htm>>, acesso em 20/6/2007.

WEINGARTNER Neto, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa, uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

YORKE, Ivor. *Jornalismo diante das câmeras*, trad. Mauro Silva, São Paulo: Summus editorial. 2ª ed. 1990.