

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MAYARA GUIMARÃES RAMOS

**DIREITO À PRIVACIDADE E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL**

Campina Grande
2013

MAYARA GUIMARÃES RAMOS

**DIREITO À PRIVACIDADE E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosimeire Ventura Leite

Campina Grande
2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

R175d Ramos, Mayara Guimarães.
O direito à privacidade e a produção de provas no processo penal [manuscrito] / Mayara Guimarães Ramos.– 2013.
39 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.
“Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Direito Público”.

1. Processo penal. 2. Privacidade. 3. Provas - Direito. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

MAYARA GUIMARÃES RAMOS

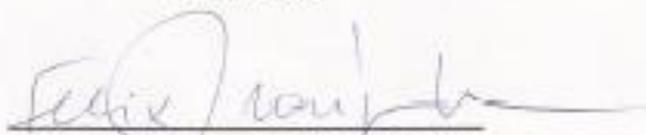
**DIREITO À PRIVACIDADE E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

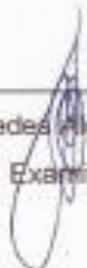
Aprovada em 27/08/2013



Profª. Drª. Rosimeire Ventura Leite - UEPB
Orientadora



Prof. Dr. Félix Araújo Neto - UEPB
Examinador



Prof. Esp. Laplace Guedes Nicóforado de Carvalho - UEPB
Examinador

Dedico este trabalho a Deus, que permitiu esta conquista, aos meus pais Arimatéia e Eliane, que sempre estiveram presentes com todo seu amor e seus esforços para que eu chegasse até aqui, à minha avó materna Bastinha (*in memoriam*), que contribuiu intensamente para minha formação e ao meu namorado Gutemberg que esteve ao meu lado desde o início dessa jornada, cujo apoio e compreensão foram fundamentais para mim.

AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Rosimeire Ventura Leite, por ter aceitado ser minha orientadora, por sua presteza e bibliografia indicada.

A todos os professores da graduação pelo conhecimento transmitido durante estes cinco anos.

Às minhas amigas Amanda Pereira, Andressa Gonzaga e Mônica Jannine Nobrega com quem convivi durante esta etapa e criei laços essenciais que quero manter por toda a minha vida.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

(Eduardo Juan Couture)

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a problemática existente entre o direito constitucional à privacidade e à intimidade e a produção de provas no Processo Penal. Trata-se de tema controverso, uma vez que analisa o equilíbrio necessário entre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal e a produção de provas. Objetiva-se demonstrar que a produção probatória no processo penal deve se pautar por determinados limites, necessários para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a busca da verdade no processo também se configura como um valor essencial no Direito. Desse modo, concluímos no sentido de que se faz imprescindível compatibilizar tais interesses, muitas vezes recorrendo à razoabilidade e à proporcionalidade entre bens jurídicos.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova. Limites. Privacidade.

ABSTRACT

The present paper has as its object the issue between the constitutional right to privacy and intimacy and the production of evidence in Criminal Procedure. This is controversial, as it examines the necessary balance between the fundamental rights guaranteed by the Constitution and the production of evidence. It intends to demonstrate that production of evidence Criminal Procedure should be guided by certain limits necessary for the maintenance of Democratic State. On the other hand, the search for truth in the procedure configures itself as a core value in law. Thus, we conclude that the effect is indispensable to reconcile these interests, often resorting to the reasonableness and proportionality between legal interests.

Key-words: Criminal Procedure. Evidence. Limits. Privacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TEORIA DA PROVA	11
1.1 Conceito de prova.....	11
1.2 Prova ilícita.....	13
1.2.1 Teoria dos frutos as árvore envenenada.....	15
1.3 Prova ilícita em benefício do réu.....	17
2 SIGILO E A PRODUÇÃO DE PROVA CRIMINAL	20
2.1 Sigilo na persecução penal.....	20
2.2 Sigilo profissional.....	22
2.2 Sigilo de comunicações e dados.....	27
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	32
3.1 Princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais.....	32
3.2 Princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Este trabalho procura analisar a problemática advinda do conflito entre os direitos à privacidade e intimidade, assegurados pela Constituição Federal, e a produção de provas no Processo Penal.

Inicialmente será analisada a temática das provas ilícitas, pois podemos perceber que sua inadmissibilidade é imprescindível para evitar o desrespeito aos direitos fundamentais, o que ocorreu bastante durante o longo período de ditadura militar, havendo torturas, prisões ilegais e condenações sem fundamento legal.

Sendo assim, muitas vezes os direitos fundamentais do acusado entram em conflito com o direito à produção de provas do Estado. Por ter sido um país que vivenciou uma ditadura, há um excesso de proteção nos que diz respeito aos direitos do réu, obstando a produção de provas.

O presente trabalho possui como objetivo mostrar que devem existir limites à produção de provas no Processo Penal, para que se tenha um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Contudo, a busca pela verdade real é um valor de extrema importância no Direito, sendo necessário utilizar a razoabilidade e a proporcionalidade entre os bens jurídicos conflitantes.

Hoje em dia, há uma radicalização buscando eliminar do Processo Penal as provas ilícitas sem que haja uma ponderação acerca dos direitos violados, ou seja, os direitos do acusado e os da vítima do delito, como também da sociedade como um todo.

Portanto, inicialmente será feita uma exposição sobre o conceito de provas, quando a prova é considerada ilícita e sobre várias espécies de sigilo, entre eles o da persecução penal, o sigilo profissional e de comunicação e dados, discorrendo principalmente sobre os direitos à privacidade e intimidade, para finalmente considerar o princípio da proporcionalidade e a sua aplicação.

A finalidade deste princípio é analisar os direitos em divergência e decidir qual deverá prevalecer, não anulando completamente nenhum dos direitos em questão,

mas sim os equilibrando para que a Justiça possa ser efetivamente realizada e a verdade real alcançada.

As fontes de pesquisa utilizadas para atingir o objetivo do presente trabalho foram doutrinas e artigos científicos.

Discorrer sobre este tema é uma difícil tarefa por ser bastante controverso, havendo opiniões divergentes, tanto no mundo jurídico como na sociedade em geral. Ao mesmo tempo é um assunto significativo, pois se trata de conflitos entre direitos fundamentais, o que ocorre frequentemente nos Tribunais.

1 TEORIA DA PROVA

1.1 Conceito de prova

É sabido que, quando há um processo judicial deve-se constatar profundamente o ocorrido para que a verdade seja demonstrada, pois desta maneira a Justiça poderá ser alcançada.

A prova é o instrumento utilizado no processo judicial para confirmar a veracidade ou autenticidade do que se alega, como também a existência de certos fatos. Para que as partes atinjam o objetivo de sua demanda, é necessário confirmar os fatos alegados procurando suscitar uma convicção que seja adequada ao seu interesse.

Conforme Guilherme de Souza Nucci¹:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.

Deste modo, é possível afirmar que a prova é um elemento essencial no processo, sobretudo no Processo Penal onde a liberdade de um ser humano, que é uma garantia constitucional, está em risco.

Pode-se dizer que o destinatário da prova é o magistrado, pois é ele que deve ser convencido de que os fatos alegados pelas partes ocorreram da maneira descrita por elas. Contudo, no caso do Tribunal do Júri, os jurados são as pessoas que devem ser persuadidas, pois o julgamento será feito por eles.

Tourinho Filho² afirma que o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa e que

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.17.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 563.

para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide.

Temos como intuito da prova desvendar o ocorrido para que possa haver um julgamento adequado do magistrado acerca da demanda. Portanto, deve existir um amplo cuidado no que tange à coleta de provas, sendo ela de qualquer natureza.

Eugênio Pacelli de Oliveira³ define o objetivo da prova como:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados do processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

O magistrado possui a obrigação de limitar-se à verdade processual, ou seja, àquilo que foi demonstrado, provado no curso do processo, para fundamentar sua decisão. Portanto, as partes devem comprovar o máximo possível suas alegações para que tenham sua pretensão acatada.

É indispensável também que se discorra acerca do objeto da prova, que são os acontecimentos declarados pelas partes que necessitem de uma comprovação, de uma demonstração de que há uma adequação com a realidade.

Sendo assim, não podem ser considerados objetos de prova os fatos notórios, os contidos em presunção legal absoluta, os impossíveis, os irrelevantes e os impertinentes.

Pode ser definido como fato notório aquele que é de ciência geral, compreensível para a maioria das pessoas. Já os contidos em presunção absoluta são regras que não aceitam declaração do contrário. Os impossíveis podem ser classificados como os que saem inteiramente da realidade. Os irrelevantes possuem liame insignificante com os outros fatos da demanda, enquanto os impertinentes não possuem nenhuma conexão com o processo, portanto não são relevantes para serem discutidos.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 317.

Conseqüentemente, a prova deve ser permitida pela lei, possuir conexão com o processo, e ter o objetivo de esclarecer os fatos ocorridos para que a verdade seja alcançada.

Há diferentes maneiras de uma prova ser produzida, são os chamados meios de prova. Podemos chamar as provas de diretas e indiretas.

São consideradas provas diretas as que não possuem intermediário ao fato que se quer comprovar. Ex: testemunha que viu o acontecido, perícia do local ou objetos, entre outros.

As indiretas precisam de outro elemento para alcançar seu objetivo, necessitam de um raciocínio dedutivo, são indícios de que alguém cometeu o crime em questão.

O magistrado deverá fundamentar quando preferir uma prova indireta a uma prova direta. Entretanto, quando o julgamento for feito pelo Tribunal do Júri não é necessário nenhum tipo de fundamentação, pois os jurados são livres para formar sua convicção.

1.2 Prova ilícita

A nossa Carta Magna dispõe em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Temos também o artigo 157 do Código de Processo Penal que corrobora esta proibição: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A norma acima descrita tem como objetivo assegurar que provas conseguidas por meio de alguma violação a direito não sejam utilizadas no processo, resguardando as garantias individuais e evitando que material probatório de qualidade contestável possa ser aproveitado no processo.

Esta proibição busca controlar a atividade persecutória do Estado, impedindo e desmotivando o uso de métodos probatórios ilegais por parte de quem, teoricamente, é a parte mais forte do Processo Penal.

A vedação do aproveitamento de provas ilícitas protege principalmente os direitos individuais contidos no artigo 5º, incisos X a XII da Constituição Federal, são eles: a intimidade, privacidade, imagem, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências, por serem estes os mais atingidos no curso das diligências desempenhadas.

Art. 5º da Constituição Federal:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

A individualidade e privacidade são direitos distintos, porém relacionados. O direito à privacidade possui como objeto os comportamentos e ocorrências referentes aos relacionamentos pessoais em geral, inclusive profissionais, que as pessoas não gostariam que chegassem ao conhecimento comum. No tocante ao objeto de proteção do direito à intimidade tem-se as conversas e relações mais íntimas. Assim sendo, o direito à intimidade estaria dentro do direito à privacidade, sendo este mais abrangente⁴.

Já o direito à imagem é tratado de duas formas: a reprodução gráfica (fotos, desenhos, filmagens, entre outros) e as características demonstradas pelo indivíduo perante a sociedade. Ambas as configurações são objetos de proteção constitucional⁵.

⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012

Quando falamos da inviolabilidade do domicílio, a Constituição Federal tem o intuito de ir além do conceito dado pelo Código Civil em seu artigo 70: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Em decorrência da proteção constitucional, o domicílio deve ser considerado um alargamento da privacidade e intimidade, pois mesmo uma residência utilizada por um curto lapso temporal (ex: casa de campo) é considerada domicílio enquanto estiver habitada⁶.

No que tange ao sigilo das correspondências, podemos afirmar que a Carta Magna quis assegurar que a troca de informações entre os indivíduos, fosse protegida, como também, o direito de se comunicar sem intromissões de terceiros. Conseqüentemente, podemos alegar que este direito preserva a privacidade e intimidade do indivíduo.

Conforme Guilherme de Souza Nucci⁷ “podemos dividir as provas ilícitas em: a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal”. Apesar disso, ambas serão consideradas ilícitas.

Um exemplo de prova obtida por violação à norma penal seria uma confissão mediante tortura, enquanto um laudo pericial produzido por apenas um perito não oficial seria um exemplo de desrespeito à norma processual penal.

A ilegalidade da prova não ocorre apenas quanto ao meio escolhido, é preciso também verificar os resultados que podem ser alcançados com o emprego de certo meio de prova. Portanto, não poderá ser utilizada quando dela resultar um desrespeito aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

1.2.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Esta teoria, também chamada de *fruits of the poisonous tree*, por ter sua origem nos Estados Unidos, consiste em não permitir que provas derivadas de provas originalmente ilícitas, sejam utilizadas no processo.

⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

O nosso Código de Processo Penal, em seu artigo 157, §1º, determina: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Fonte independente, na lição de Guilherme de Souza Nucci⁸ “é aquela que segue os trâmites legalmente previstos, mas também os inseridos na praxe forense, fundados em investigações ou instruções criminais, capaz de encontrar a prova alocada em discussão”.

Portanto, não haverá prova ilícita por derivação quando não existir nexo de causalidade entre as provas e quando a derivada puder ser conseguida por uma fonte diferente da que foi considerada ilícita, também chamada de fonte independente.

Considera-se nexo de causalidade a ligação entre causa e efeito. Dessa forma a prova só poderá ser considerada ilícita se houver a relação de causa e efeito entre elas. Uma deve ser decorrente da outra, necessariamente.

Existem diversas maneiras de se obter uma prova, inúmeras fontes, assim sendo, uma delas pode ser considerada lícita, não impossibilitando a aceitação dessa prova no processo.

Eugênio Pacelli de Oliveira⁹ discorre:

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista na lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da *ilicitude por derivação* é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Podemos afirmar, conseqüentemente, que esta teoria busca assegurar que qualquer espécie de prova ilícita fique fora do processo, pois extrai também as derivadas, resguardando os direitos do réu.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.38

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.354.

Não é suficiente proteger os direitos constitucionais do sujeito passivo da ação apenas na origem da produção da prova, o emprego de derivações ilícitas deve também ser vedado, assim, cria-se um processo com embasamentos mais consistentes, evitando a ocorrência de um erro judiciário e evitando que o réu seja privado de sua liberdade injustamente, um direito assegurado pela nossa Constituição Federal.

Entretanto, se a Autoridade Policial obtém uma prova lícita, tendo como origem uma prova ilícita, no entanto sendo por meio de diligências investigatórias legais, conseguir desvendar o que buscava, não é possível expurgar dos autos essa prova, pois sem a utilização da ilícita, o intuito da investigação foi conseguido.

Tourinho Filho¹⁰ afirma:

Se não ficar demonstrado que a prova conseguida com ares de licitude derivou de uma prova ilícita, não se pode falar em prova ilícita por derivação. Assim também se as provas ilícitas por derivação puderem ser obtidas de outra maneira, sem qualquer nexo de causalidade com as ilícitas por derivação, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Por conseguinte, é necessário que haja uma análise cautelosa de cada situação concreta para considerar a ocasional derivação da ilicitude sempre que houver uma prova obtida em decorrência de uma considerada ilícita.

1.3 Prova ilícita em benefício do réu

A proibição do aproveitamento das provas ilícitas no processo não é absoluta, podendo ser utilizada para a absolvição do réu. O que está em jogo é a liberdade do indivíduo, assim sendo, há o interesse de evitar o erro judiciário, independentemente de como a prova foi obtida.

Guilherme de Souza Nucci¹¹ ensina:

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 574.

Abre-se, entretanto, a indispensável exceção, quando se estiver inserido no cenário do confronto entre a prova ilícita e a inocência do réu. Neste caso específico, continua a ser utilizado o critério da proporcionalidade, devendo-se, se necessário, utilizar a prova ilícita para garantir a absolvição do acusado, independentemente das medidas que possam ser tomadas contra o autor da obtenção da referida prova. Na realidade, a ponderação se faz em nível constitucional. A vedação à utilização da prova ilícita no processo se choca com a presunção de inocência e com a ampla defesa, merecendo prevalecer estes últimos princípios, pois vinculados à liberdade individual.

Quando vem a ocorrer um choque entre princípios, deve haver uma ponderação entre eles, uma análise para decidir qual deles prevalece. Neste caso, se seria mais importante vedar a prova ilícita de qualquer maneira ou aceitá-la, acolhendo a ampla defesa e a presunção de inocência.

O magistrado precisa ter a possibilidade de avaliar o caso concreto, aceitando a prova obtida ilicitamente, se for a melhor maneira de fazer justiça. Portanto, diversos fatores devem ser analisados, como: a gravidade do delito, o grau de dificuldade que o acusado possui para conseguir provas utilizando os métodos legais, o dano causado, entre outros.

Para que a prova seja aproveitada em favor do réu, ela deve resguardar um direito mais estimado pela Carta Magna do que aquele que foi violado para a produção dessa prova. E também, se possível, ser a única prova que inocente o acusado.

A liberdade e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer sobre a vedação da prova ilícita no processo, por serem bens jurídicos bastante valorizados, atualmente, em um Estado Democrático de Direito.

Pode ocorrer também, o aproveitamento da prova quando houver circunstâncias com o poder de afastar a ilicitude do ato perpetrado, são os casos das excludentes de ilicitude e de violação de domicílio na hipótese de flagrante delito.

O Código Penal especifica as ocasiões nas quais a ilicitude da conduta estaria afastada, não se configurando crime:

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Portanto, quando o indivíduo, agindo por uma das causas de excludente de ilicitude, fere um direito alheio para conseguir produzir prova de sua inocência ou de terceiros, a ilicitude da conduta será afastada. Sendo assim, a ilicitude da maneira utilizada para o alcance da prova estará igualmente afastada, podendo a prova ser aproveitada no Processo Penal.

Eugênio Pacelli de Oliveira¹² afirma que “o critério de ponderação entre o mal causado na infração praticada com finalidade defensiva e aquele que ocorreria com a possível condenação do inocente, é realizado, aqui, pelo próprio legislador”.

No tocante ao flagrante delito, podemos afirmar que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI, admite a violação do domicílio em casos de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro.

Assim sendo, a permissão para a entrada em uma residência no decorrer de um flagrante delito prepondera sobre o direito à inviolabilidade do domicílio, não importando a decisão do morador. Portanto, mesmo que o crime esteja sendo cometido pelo morador ou proprietário, qualquer indivíduo poderá entrar na casa visando proteger outros bens jurídicos, entre eles a vida. Em consequência disto, a prova conseguida desta maneira não será considerada ilícita.

Deste modo, podemos concluir que a discussão acerca da prova ilícita possui conexão direta com os direitos constitucionais, tendo em vista que sua inadmissibilidade no processo visa protegê-los.

Por conseguinte, seguiremos analisando primordialmente os direitos à privacidade e intimidade e sua ligação com a produção de provas no Processo Penal.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 361.

2 SIGILO E A PRODUÇÃO DE PROVA CRIMINAL

2.1 Sigilo na persecução penal

Existe uma ligação entre o sigilo e a produção de prova criminal no ordenamento jurídico pátrio, pois podemos observar que o sigilo muitas vezes dificulta a produção de provas.

Está previsto no artigo 5º, inciso LX da nossa Carta Magna o princípio de publicidade dos atos processuais, apenas aceitando exceções para a conservação da intimidade ou interesse social: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Temos também o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal que nomeia os princípios da Administração Pública, entre eles o da publicidade. O contraditório e a ampla defesa são provenientes desse princípio, tendo em vista que é por meio da informação que o réu tem a possibilidade de resposta, desempenhando seu direito de defesa.

Quando falamos de Administração Pública abarcamos o Poder Judiciário, o que faz a produção de prova um ato processual e conseqüentemente, público. Portanto, sempre que uma prova é produzida, ela deve estar disponível para qualquer pessoa, como também o teor dos autos.

Entretanto, o sigilo surge como uma exceção ao princípio da publicidade. Vimos que a publicidade pode ser restringida com o intuito de assegurar a defesa da intimidade ou o interesse social.

A intimidade, conforme exposto anteriormente, engloba as relações mais íntimas do ser humano, conversas e segredos apenas revelados para pessoas de grande proximidade.

A respeito deste tema, podemos fazer referência à teoria dos círculos concêntricos, que divide a vida privada em três classes: vida privada *stricto sensu*, são os acontecimentos que o indivíduo não quer que sejam conhecidos pelo público;

a intimidade, onde estão incluídos os fatos cujo conhecimento pertence apenas a um número pequeno de pessoas; e o segredo, informações que não são divididas com ninguém ou exclusivamente com pessoas muito próximas¹³.

No que tange ao sigilo para assegurar o interesse social, ele pode ser tratado como uma maneira de garantir a eficiência da persecução penal, pois em algumas situações, a publicidade vasta pode embaraçar a coleta de provas.

O artigo 20, *caput* do Código de Processo Penal, afirma que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Podemos dizer que a intimidade e a vida privada não são direitos irrestritos, pois, se for necessário, haverá limitações, como o rompimento do sigilo para a colheita de uma prova.

Deve haver uma análise da situação para que não ocorra desrespeito aos direitos fundamentais sem a devida necessidade. Considera-se que na investigação de delitos avaliados como graves, deverá ocorrer o predomínio do interesse público sobre o interesse do acusado.

Sendo assim, é necessário que se tenha um equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado. Podemos usar como exemplo a quebra do sigilo de comunicações telefônicas que só poderá ocorrer com uma autorização judicial, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais.

A Lei 9.296/96, que dispõe sobre as interceptações telefônicas, em seu artigo 2º, garante:

Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

¹³ FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Avião de; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Apenas o magistrado poderá decidir o rompimento do sigilo, pois, esta decisão restringe direitos fundamentais da pessoa acusada ou de terceiros envolvidos no processo. Portanto, deve haver fundamentação legal, por se tratar de medida de grau extraordinário.

Quando a quebra do sigilo for decisão imprescindível, o magistrado deverá decidir pela limitação da publicidade, evitando a obtenção dos autos por terceiros, com a finalidade de proteger as informações sigilosas.

2.2 Sigilo profissional

A intimidade da pessoa é acobertada pela Constituição Federal, portanto, a pessoa que revelou um segredo para alguém em razão de uma atividade específica, merece proteção, para que um profissional que necessite daquela informação para desenvolver seu trabalho com determinada pessoa não divulgue as informações que tomou conhecimento. Podemos citar: médicos, advogados, psicólogos, padres, entre outros.

Não apenas a Carta Magna dispõe acerca do sigilo profissional. O Código Penal, em seu artigo 154 tipifica a divulgação de segredo profissional, tendo como bem jurídico protegido a liberdade individual.

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

O Código Penal visa punir o agente que divulga a alguém, sem justa causa, segredo de que teve conhecimento por meio de sua função, ministério, ofício ou profissão, e esta revelação deve ser capaz de causar dano a outrem.

Rogério Greco ¹⁴ ensina que:

Entende-se por *função* toda determinação de encargos imposta pela lei a uma pessoa, esteja ou não ligada ao exercício de um cargo, haja ou não remuneração.

[...]

Por *ministério*, como regra, entende-se aqueles que exercem atividades religiosas, a exemplo dos pastores, padres, irmãs de caridade.

[...]

Entende-se por *ofício* aquelas atividades habituais, consistentes na prestação de serviços manuais ou mecânicos, como acontece com as empregadas domésticas, costureiras, etc.

Profissão diz respeito a toda atividade que, como regra, tenha finalidade de lucro, exercida por quem tenha habilitação.

Deste modo, podemos classificar o delito de violação de segredo profissional como crime próprio, pois apenas as pessoas que tomaram ciência do segredo por serem considerados confidentes necessários e conseqüentemente terem o dever de guardar o segredo, podem ser sujeitos ativos deste crime.

Damásio de Jesus *apud* Rogério Greco ¹⁵ complementa:

Sujeitos ativos são os confidentes necessários, pessoas que recebem o conteúdo do segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão. Dizem-se confidentes necessários porque, em razão de atividade específica, normalmente tomam conhecimento de fatos particulares da vida alheia. É o caso do médico, do dentista, do advogado, do engenheiro, do sacerdote etc. Na hipótese do sacerdote, por exemplo, é inerente ao exercício de seu ministério a tomada de conhecimento de segredos alheios.

Estes dispositivos possuem o intuito de proteger os indivíduos que necessitam daqueles profissionais e precisam revelar seus segredos para obter ajuda. Conseqüentemente, o sujeito passivo deste crime pode ser tanto a pessoa que tem o seu segredo divulgado como um terceiro que possa vir a sofrer algum dano de natureza material ou moral decorrente da revelação.

É preciso que a exposição do segredo possa verdadeiramente trazer alguma forma de dano a alguém (titular do segredo ou terceiro), entretanto não é necessário que o dano venha a ocorrer, é suficiente que haja a possibilidade concreta de causar prejuízo.

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, vol. II. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010, p.574, 575.

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, vol II. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 576.

Para que tenha a proteção, é satisfatório que o segredo tenha sido confessado numa circunstância em que o profissional se põe em um estado de confidente necessário.

O sigilo profissional, em algumas circunstâncias pode objetar-se à realização de prova no processo penal, sobretudo quando a revelação do segredo for meio de conseguir uma prova.

Havendo um conflito entre o interesse da produção da prova e a proteção do sigilo, é dever do magistrado analisar e decidir qual irá preponderar.

O Código de Processo Penal em seu artigo 207 dispõe que: “são proibidas de depor as pessoas que em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Já foi mostrado anteriormente que a revelação de segredo profissional é crime tipificado no Código Penal, portanto, não é razoável que o profissional detentor do segredo seja obrigado a divulgar tal informação em um processo.

No entanto, a parte final do artigo 207 afirma que se a parte interessada permitir que o segredo seja revelado, o profissional fica desobrigado criminalmente e poderá prestar seu testemunho se quiser, pois o interesse social na manutenção de algumas profissões também é protegido e não somente a intimidade do titular do segredo. Sendo assim, se desobrigado, o profissional tem o poder de decidir se testemunhará.

Temos várias profissões em que o sigilo profissional é necessário, contudo, a relação entre cliente e advogado é uma das principais, por existir uma relação de confiança que os une.

Para que o advogado elabore uma boa defesa, ele precisa ouvir toda a verdade de seu cliente, não importa o quão impactante ela seja. Confissões são realizadas em seu escritório, conseqüentemente, o sigilo entre advogado e cliente deve ser resguardado.

O Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil protege o sigilo profissional desta categoria:

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo seu cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deve funcionar ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27. As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte.

Podemos perceber que o sigilo profissional do advogado é tanto um direito como um dever, pois a sua violação está sujeita a punição, de acordo com o artigo 34, inciso VII do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Para que se tenha maior proteção do sigilo entre advogado e cliente, a Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) determina que:

Art. 7º. São direitos do advogado:

[...]

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica, telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

Este dispositivo tem a finalidade de impedir que documentos sigilosos, assim como correspondências de qualquer natureza entre advogado e cliente sejam violadas e o sigilo profissional do advogado desrespeitado.

Há controvérsia se o advogado deve denunciar seu cliente se este lhe confessar que cometerá um crime no futuro. Não existe uma decisão concreta a esse respeito. Muitas vezes, o cliente revela para seu advogado que irá cometer determinado crime para que a defesa seja preparada antecipadamente.

É dever do advogado tentar convencer o cliente a desistir de cometer o delito, porém se as tentativas não obtiverem êxito, aquele deve abandonar a causa, e nunca denunciar ou testemunhar contra o cliente se vier a praticar o crime planejado anteriormente.

Podemos concluir, portanto, que se o advogado ainda sim informar sobre o crime que será cometido não será configurado o crime de violação de sigilo profissional, pois este delito se configura quando a divulgação do sigilo é feita sem justa causa, no caso em questão, há o interesse de evitar que um crime seja cometido, colocando em risco outros bens jurídicos.

Outro profissional que também possui o dever de sigilo é o médico, pois para tratar seu paciente é necessário muitas vezes que saiba de acontecimentos íntimos da vida deste.

No capítulo I do Código de Ética Médica, onde são determinados os princípios fundamentais da Medicina é disposto em seu inciso XI que “o médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei”.

Se o paciente permitir que o médico exponha as informações sigilosas, elas devem ser fornecidas para utilização em processo judicial se houver requisição. No caso em que o médico for testemunha em um processo criminal a permissão deve ser provida pelo paciente que estiver em juízo.

O médico pode ser forçado a divulgar sigilo profissional se decorrer de uma obrigação legal como no caso de seu paciente possuir uma doença cuja notificação é obrigatória, podendo ser enquadrado no delito de omissão de notificação de doença tipificado no artigo 269 do Código Penal, se não o fizer.

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Portanto, o sigilo do médico não é absoluto, pois neste caso, o interesse coletivo se sobrepõe ao dever de manter o sigilo profissional.

O prontuário médico é um documento sigiloso que diz respeito apenas ao médico e ao paciente, como também receitas, resultados de exames entre outros. Contudo mesmo esses documentos podem ser solicitados pelo magistrado com fundamento no artigo 234 do Código de Processo Penal, se for necessário para auxiliar a resolução da demanda.

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para a sua juntada aos autos, se possível.

Devemos ressaltar que quando o médico ou outro profissional da área de saúde for o investigado por cometimento de crime, não poderá ser utilizada a alegação do sigilo, com o objetivo de impedir a revelação do documento, sendo assim, poderão ser empregados pelo magistrado ou Ministério Público todos os meios legais existentes, para que a documentação seja entregue.

Nas circunstâncias em que a documentação médica sigilosa seja relacionada à vítima, algumas ponderações deverão ser feitas. O juiz deverá obter a autorização expressa da vítima. No caso em que esta seja falecida, a permissão poderá ser conferida pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

2.3 Sigilo de comunicações e dados

A comunicação é a maneira de o seres humanos se expressarem, inclusive as suas mais profundas emoções e pensamentos. Os indivíduos possuem o direito de escolher as pessoas com quem dividir seus anseios. Em consequência disso, a nossa Carta Magna assegurou a proteção das comunicações em seu artigo 5º, inciso XII.

Entretanto, foi observado que os direitos que a Constituição Federal garante não são absolutos, podendo haver uma limitação em algumas hipóteses em que o interesse à produção de prova se sobrepõe ao direito à privacidade.

Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁶ complementa:

[...] na ordem constitucional brasileira não existem direitos *absolutos*, que permitam o seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. E tal ocorre porque a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre *abstracta*. No plano da realidade concreta, surgirão, inevitavelmente,

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 343.

situações em que *dois ou mais* titulares do *mesmo direito* entrem em confronto, razão pela qual a lei está autorizada a regulamentar soluções específicas para cada conflito.

É o que acontece com o direito ao sigilo da correspondência, pois havendo uma autorização judicial, será possível a violação desse sigilo, determinado no artigo 240, parágrafo 1º, alínea *f* do Código de Processo Penal.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

[...]

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil a elucidação do fato;

Outra forma de comunicação é a telefônica, que hodiernamente está bastante evoluída fazendo-se pensar o que estaria incluído no conceito desta forma de comunicação. Luiz Flávio Gomes¹⁷ define como “todas as formas de transmissão, emissão, recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel (celular)”.

Já os chamados dados telefônicos são todas as informações que digam respeito às chamadas realizadas anteriormente, ou seja, os dados que são registrados pelo fornecedor do serviço, como dia e horário da ligação, duração, local, entre outros.

A interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova, podemos defini-la como a colheita de conversa telefônica por um terceiro sem a ciência das pessoas que participam dela. No entanto, sendo a conversa gravada por um dos envolvidos no diálogo, será considerada gravação clandestina e não interceptação telefônica. Sendo assim, podemos caracterizar a interceptação pela interferência de terceiro.

A Lei 9.296/96 regulamenta a interceptação telefônica, tornando-se assim, uma forma legal de aquisição de prova. Este procedimento é considerado de natureza cautelar, portanto, deve possuir o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul; **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 100.

Os artigos 5º e 8º da Lei 9.296/96 determinam:

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

[...]

Art. 8º. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Podemos afirmar que o artigo 8º visa proteger o sigilo da persecução penal, evitando que o resultado da interceptação telefônica torne-se público, assegurando que o investigado não tenha sua intimidade exposta além do necessário.

Temos também a interceptação ambiental e a gravação clandestina. A primeira trata-se de gravação realizada camufladamente por terceiro que se encontre no mesmo ambiente dos participantes do diálogo. Já a segunda trata-se de registro de conversa realizada por um dos interlocutores.

No tocante à correspondência, podemos conceituar em sentido amplo, como qualquer comunicação, sendo escrita ou verbal, por meio de cartas, telegramas, radiotelefonia e radiotelegrafia.

O direito ao sigilo de correspondência tem origem na finalidade de proteção da intimidade, encontrando amparo também nos diplomas internacionais de direitos humanos. Já no Direito brasileiro está garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII. Também são tipificados crimes relacionados à correspondência no Código Penal, em seus artigos 151, 152 e 153.

Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

[...]

Art. 152. Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

[...]

Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Quando falamos de correspondência, não podemos deixar de perceber que existem duas figuras: o remetente e o destinatário. Depois de recebida a carta, o destinatário é considerado seu proprietário, contudo, não terá a possibilidade de divulgar o conteúdo da correspondência se ela for de caráter sigiloso ou tratar-se de obra literária passível de direitos autorais.

Já o remetente, somente poderá revelar o conteúdo da carta, posteriormente à sua entrega, mediante autorização do destinatário. Pois existe a possibilidade de aquela conter informações sigilosas que sejam pertinentes a este.

Não se pode deixar de discorrer acerca do sigilo de dados, que também faz parte do direito à privacidade do indivíduo. É possível conceituar dados de maneira restrita ou ampla. A primeira trata-os apenas como registros pessoais e sigilosos existentes em computador de um indivíduo. Já em sentido amplo, dados consistem em quaisquer registros, escritos que sejam íntimos e particulares.

Quando falamos em sigilo de dados em computador, podemos mencionar o novo tipo penal que foi criado visando proteger dados contidos em um dispositivo informático. Foi acrescentado ao Código Penal, o artigo 154-A.

Art.154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
[...]

Antes da criação deste dispositivo, a proteção ao sigilo de dados informatizados existia apenas na Lei 7.232/84 (Lei de Informática). Enquanto o sigilo financeiro estava assegurado pela Lei Complementar 105/2001.

Podemos concluir que existem várias maneiras de proteção ao sigilo, seja ele profissional, telefônico, de correspondência e dados, como também da persecução penal. A controvérsia ocorre quando o direito à privacidade, intimidade, sigilo de dados, entra em confronto com o direito de produção provas no Processo Penal.

Quando ocorre este embate, deve-se recorrer à razoabilidade e a proporcionalidade para obter uma solução. O tema é controverso por se tratar de direitos fundamentais do ser humano e da busca da verdade real no processo, que é de suma importância para a proteção da coletividade.

Portanto, advém a necessidade de equilibrar os direitos em divergência, pois não deve haver anulação completa dos direitos constitucionais na produção de provas, ao mesmo tempo que a investigação de um delito não pode ser prejudicada.

Temos, então, o interesse individual do acusado em confronto com o direito do Estado de produzir a prova, como também o bem jurídico da vítima que foi violado com o cometimento do delito, sendo assim, é preciso procurar uma maneira de equilibrar todos os direitos em questão, buscando uma proporcionalidade entre eles.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 Princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais

Como foi exposto anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser restringidos quando necessário. Em alguns dispositivos, a própria Carta Magna determina os limites acerca de um direito, como também demonstra que certo direito tem a possibilidade de ser cingido por lei.

Alexandre de Moraes *apud* Maria Elizabeth Queijo¹⁸ salienta, a respeito, que os direitos fundamentais encontram limites nos outros igualmente agasalhados pela Constituição. É o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Portanto, quando há um embate entre dois ou mais direitos fundamentais, ou entre estes e outros valores igualmente assegurados pela Constituição Federal, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, analisando cada direito e avaliando qual deles deve prevalecer diante do outro.

Havendo conflito entre dois direitos fundamentais, não é permitido que um elimine completamente o outro, sendo assim, é necessário existir um equilíbrio, uma maneira de harmonizá-los, ou seja, devem ser estabelecidos limites entre eles, visando resolver a colisão de direitos.

No caso de um direito fundamental colidir com um bem do mesmo modo assegurado pela Constituição Federal, há um interesse particular, constituído pelo direito fundamental e um interesse público, estabelecido por outros valores constitucionais, como educação, segurança, saúde, entre outros. Nessa conjuntura, também será possível a restrição de um direito fundamental para defender o direito da coletividade.

Aplicando o princípio da proporcionalidade, objetiva-se a convivência de direitos conflituosos, fazendo uma avaliação dos bens em discordância. No entanto,

¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

devemos ressaltar que nenhum deles pode ser completamente anulado para a solução do embate.

Maria Elizabeth Queijo¹⁹ ensina que:

[...] para que haja restrição a determinado direito fundamental deverão ser observados os seguintes requisitos:

- deverá ela estar autorizada pela Constituição, expressa ou implicitamente;
- deverá respeitar, obrigatoriamente, o núcleo essencial do direito fundamental;
- deverá operar-se por lei (escrita, estrita e prévia);
- deverá apresentar justificativa teleológica (estar legitimada constitucionalmente, como já se ressaltou, e apresentar relevância social);
- deverá ser determinada por decisão judicial fundamentada; e
- deverá atender ao princípio da proporcionalidade, em seus três aspectos: ser adequada, necessária e proporcional, em abstrato e em concreto.

Podemos inferir que os direitos fundamentais poderão ser restringidos em favor de outro que prevaleça. O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado nos casos em que existirem conflitos de direitos, objetivando a resolução do desacordo e buscando não invalidar um dos direitos, e sim equilibrá-los.

3.2 Princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro

Normalmente no Processo Penal, a parte acusadora (na maioria das vezes, o Estado), deve procurar provas nas quais a cooperação do réu não seja necessária para evidenciar a verdade do ocorrido, em respeito ao direito da não produção de provas contra si mesmo garantido na Carta Magna.

O mencionado direito não possui limites determinados na Constituição Federal, contudo, não podemos dizer que seja um direito absoluto, pois há uma necessidade implícita de convivência com outros direitos também assegurados constitucionalmente.

¹⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 398.

A persecução penal é a responsável pela segurança pública e a paz social, que são direitos constitucionais, em consequência disto, o direito à produção de provas entra em discordância com vários direitos, entre eles a privacidade, intimidade, inviolabilidade do domicílio, e principalmente o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Maria Elizabeth Queijo²⁰ afirma:

Se não se admitisse qualquer limitação direito de não produzir provas contra si mesmo, seria ele um direito absoluto e, conseqüentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública, bens diretamente relacionados ao interesse na persecução penal, que seriam sacrificados, conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa.

É preciso que haja alguma limitação a direitos, entretanto, não deverá ocorrer a completa anulação do direito fundamental. O acusado não poderá ser constrangido a cooperar efetivamente em produção de provas que possa prejudicá-lo diretamente.

O juiz deverá utilizar o princípio da proporcionalidade, ponderando os valores em conflito e averiguar, dependendo da situação, se cabe a limitação de um direito individual para que a prova criminal possa ser realizada.

O Direito brasileiro não permite que seja empregada uma prova ilícita para a condenação do acusado, mesmo que o princípio da proporcionalidade seja utilizado para justificá-la. Entretanto, pode ser aproveitado em benefício do réu, ou seja, com o objetivo de conseguir sua absolvição.

Podemos concluir, então, que a prova ilícita e o princípio da proporcionalidade podem ser utilizados *pro reo*, porém nunca *pro societate*, impedindo muitas vezes o Estado de punir o indivíduo que cometeu o delito por falta de provas.

Quando uma pessoa é vítima de um crime violento, ela teve alguns de seus direitos fundamentais violados. O *jus puniendi* do Estado e os direitos da vítima entram em conflito com os direitos do acusado, sendo assim, o princípio da proporcionalidade deveria ser empregado para a resolução da divergência.

²⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

Quando ocorrer, por exemplo, o conflito entre intimidade (do acusado) e a vida (da vítima), este último deveria prevalecer, por ter maior importância.

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal deliberam pelo arquivamento de ações penais, por terem sido estabelecidas inicialmente com fundamento em provas consideradas ilícitas obtidas por particulares, essas decisões impedem que se atinja a verdade real com a investigação dos fatos ocorridos.

Exemplo desse tipo de decisão:

Ementa: AÇÃO PENAL. Prova. Ilícitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal. (STF – TURMA 2 – HC 90298/DF – Rel. Min. Cezar Peluso – Dje 16/10/2009)

Entretanto, também existem decisões do Supremo Tribunal Federal que não consideram a ilicitude da prova e indeferem o trancamento da ação penal, como as seguintes:

Ementa: inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690 /2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906 /96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906 /94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de

maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada... (STF – TURMA 2 - HC 91867/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes – Dje 19/09/2012)

Ementa: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de Guilhermino Paz de Lizardo Lima contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 237.057/RJ, assim do: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ARTIGO 1º, INCISOS I E II DA LEI N.º 8.137/90 E ART. 168-A DO CP. RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NULIDADE DA PROVA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. (3) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÁTER ÚNICO DA PROVA TIDA COMO ILÍCITA. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVA TESTEMUNHAL. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. (STF – TURMA 2 – HC 116931/RJ – Rel. Min. Teori Zavascki – Dje 21/03/2013)

A prova ilícita obtida pelo particular poderia ser considerada *notitia criminis*, oportunizando uma investigação pela Autoridade Policial buscando outros meios de provas e assim, evitar a impunidade.

O objetivo buscado não é transformar a prova ilícita em lícita, mas aproveitá-la de acordo com o caso concreto, para que possa ser utilizada com o intuito de evitar uma injustiça, seja para condenar ou absolver, aplicando o princípio da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi objeto de estudo deste trabalho o conflito entre a privacidade e intimidade e a produção de provas no Processo Penal. Por meio de uma análise destes direitos fundamentais foi possível verificar que muitas vezes eles dificultam a obtenção de provas.

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar que é necessário haver limites e que estes devem ser respeitados ao se obter uma prova, pois do contrário, não viveríamos em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, a verdade real não pode ser desvalorizada, por ser entendida como um valor imprescindível no Direito e igualmente para a sociedade, pois esta busca na persecução penal uma maneira de conseguir paz social, enquanto a vítima lesada pelo cometimento do delito procura por Justiça.

Vivemos em uma sociedade, portanto, devemos aprender a viver em uma coletividade, e para que haja uma conformidade, muitas vezes um indivíduo precisará ceder um direito em favor de outra pessoa, ou ter um direito limitado para que outra usufrua o seu, funciona desta maneira até dentro de nossa própria casa, se prestarmos a necessária atenção.

Inicialmente, no trabalho, analisamos o conceito de prova ilícita, a prova ilícita por derivação e quando a prova ilícita poderia ser utilizada em benefício do réu, assim, fizemos a conexão com o direito à privacidade e intimidade, já que a impossibilidade de utilização de provas ilícitas no processo decorre da proteção que a Constituição Federal concede a estes e outros direitos.

Sendo assim, podemos concluir que há uma necessidade de equilibrar direitos, bens jurídicos, e para que isto aconteça, alguém terá o seu direito limitado em favor de outro preponderante.

Porém, devemos esclarecer que os direitos fundamentais do acusado não devem ser completamente anulados, mas sim ponderados juntamente com o direito violado da vítima e o direito à produção de provas do Estado e, no caso concreto,

verificar qual deverá preponderar, portanto, é necessário que haja razoabilidade e proporcionalidade na decisão, procurando evitar que alguém tenha um direito fundamental completamente invalidado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Avião de; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul; **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. II. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

