

DANIEL PRESTES FAGUNDES

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

**CURITIBA
2004**

DANIEL PRESTES FAGUNDES

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Msc. Nilton Bussi

CURITIBA
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL PRESTES FAGUNDES

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Nilton Bussi
Setor de Ciências Jurídicas



Prof. Jorge Azôr Pinto
Setor de Ciências Jurídicas



Prof. Rolf Koerner Junior
Setor de Ciências Jurídicas

Curitiba, 06 de outubro de 2004

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
INTRODUÇÃO	1
1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	3
1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO.....	3
1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	9
1.3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA...	11
1.4 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	12
1.5 CONCEPÇÕES DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..	13
1.6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	15
2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	18
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES.....	18
2.2 CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E BREVE HISTÓRICO..	18
2.3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA VINCULADA AO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	20
2.4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA VINCULADA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	21
3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O DIREITO COMPARADO	24
3.1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA ITÁLIA.....	24
3.2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA ESPANHA.....	26
3.3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA ALEMANHA.....	26

3.4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA GRÃ-BRETANHA.....	27
4. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL.....	29
4. 1 ESBOÇO HISTÓRICO.....	29
4.2. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS DO PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL.....	30
4.3. NOMENCLATURA.....	31
4.4. REQUISITOS PARA CONCESSÃO JUDICIAL.....	33
4.5. NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO JUDICIAL.....	35
4.5.1 Fumus boni iuris	35
4.5.2 Periculum in mora	37
4.5.3 Crimes punidos com reclusão.....	39
4.6. BREVES COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.296, DE 24/07/1996.....	40
4.6.1 Necessidade de lei específica.....	42
4.6.2 Aplicação da lei nova.....	43
4.6.3 Prova ilícita e prova ilegítima.....	43
4.7. PROCEDIMENTOS - ASPECTOS PRÁTICOS	45
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	53

RESUMO

A presente monografia aborda os aspectos teórico-práticos da Interceptação Telefônica prevista no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que diz: “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 partir da promulgação da Carta Magna vigente, o princípio do devido processo legal e seus corolários, destacando-se o sigilo das comunicações telefônicas, foram realçados quanto à aplicação na investigação criminal. Para regulamentar o inciso *in fine*, foi editada a Lei nº 9.296, de 24/07/1996, determinando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, e tramitará sob sigilo de justiça. Tal autorização poderá ser de ofício ou a requerimento da autoridade policial na investigação criminal ou a requerimento do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Os requisitos da interceptação telefônica, uma medida de exceção, são o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* e o crime punido com reclusão. O condutor dos procedimentos operacionais interceptação telefônica é a autoridade policial (delegado de carreira). O pedido de interceptação telefônica deve ser formulado por escrito, devendo o Juiz competente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, em decisão fundamentada, decidir sobre a procedibilidade. A interceptação telefônica está limitada a 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogada por igual período de acordo com a necessidade. A principal restrição quanto à aplicabilidade esbarra em garantias e princípios fundamentais individuais, o que determina uma criteriosa análise quando da concessão do instituto. Porquanto não se deve banalizar os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, não se pode permitir ser um direito o escudo para práticas criminosas. Cabe ao magistrado o sopesamento dos princípios em conflito.

Palavras-chave: interceptação telefônica ; devido processo legal; dignidade da pessoa humana; medida de exceção; fundamentação do pedido/concessão.

ABSTRACT

The present monograph approaches the theoretician-practical aspects of the foreseen Telephonic Interception in interpolated proposition XI, of the article 5º, the Federal Constitution, that says: “é inviolable the secrecy of the correspondence and the telegraphic communications, data and the telephonic communications, saved, in the last case, for judicial order, in the hypotheses and the form that the law to establish for ends of criminal inquiry or procedural instruction penal”. From the promulgation of the effective Great Letter, the principle of due process of law and its corollaries, being distinguished the secrecy of the telephonic communications, had been enhanced how much to the application in the criminal inquiry. Prescribed the interpolated proposition in finishes, was edited the Law nº 9,296, of 24/07/1996, determining that the interception of telephonic communications, any nature, for test in criminal inquiry and in criminal procedural instruction, it will depend on competent judge's order of the main action, and will move under camera proceedings. Such authorization could be ex-officio or the petition of the police authority in the criminal inquiry or the petition of the representative of the Public prosecution service, in the criminal inquiry and the criminal procedural instruction. The requirements of the telephonic interception are *fumus boni iuris*, *periculum in deferred payment* and the crime punished with reclusion. The conductor of the operational procedures telephonic interception is the police authority (delegated of career). The order of telephonic interception must be formulated by writing, having the competent Judge, in the maximum stated period of 24 (twenty and four) hours, in based decision, to decide on the procedibilidade. The telephonic interception is limited the 15 (fifteen) days, being able to be extending for equal period in accordance with the necessity. The main restriction how much to the applicability esbarra in guarantees and individual basic principles, what it determines a criteriosa analysis when of the concession of the institute. While if it does not have to banalizar the basic rights of the dignity of the person human being, if it cannot allow to be a right to the shield for practical criminals. The sopesamento of the principles in conflict fits to the magistrate.

Word-key: telephonic interception; due process of law; secrecy of the telephonic communications; dignity of the person human being; measure of exception; recital of the order/concession.

INTRODUÇÃO

A fim de realizar uma abordagem coerente acerca do tema, preliminarmente será apresentado um breve histórico do instituto, para que, desse modo, seja possível vislumbrar as evoluções temporais, demonstrando a vinculação com o princípio do devido processo legal e a dignidade da pessoa humana.

Em épocas de planos econômicos, estabilidade da moeda, controle da inflação, o governante, limitado que está pela responsabilização fiscal de seu mandato tem preterido a finalidade do Estado - o bem estar do povo (a fonte de todo o poder).

Hodiernamente, urge a valorização do cidadão. A sociedade clama priorizar o homem, o trabalhador, o cidadão. A cidadania, quando completa, espelha o respeito à dignidade da pessoa humana.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

O direito é mutável, consequência da dinamicidade da sociedade. Destarte, verifica-se que os direitos humanos fundamentais, entre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo de práticas de atividades ilícitas; por isso, o legislador relativizou o direito à intimidade, abrindo a possibilidade da realização da interceptação telefônica devidamente regulamentada em lei específica.

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, medida cautelar, de exceção, dependerá de ordem judicial e ocorrerá sob sigilo de justiça.

Na seqüência, mister se faz a realização de um brevíssimo estudo comparativo de legislações estrangeiras, para que, assim, demonstre-se os diversos desdobramentos que sofreu, os pontos em comum e as diferenças.

Feitas essas observações, adentrar-se-á na discussão propriamente dita abordando extensivamente a análise e problemática que o tema enseja, bem como, apresentar-se-á as formulações doutrinárias.

Por fim, considerar-se-á as mudanças que a Lei n. 9.296 de 24/07/1996, atribui ao tema.

Portanto, em vista do discorrido, pode-se afirmar que o objetivo principal deste trabalho é realizar uma análise minuciosa acerca da Interceptação de Comunicações Telefônicas, considerando sua legislação e jurisprudência, bem como as considerações e críticas apontadas pela dogmática, não deixando de lado seu aspecto prático.

1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO

A garantia constitucional do devido processo legal prescinde da história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder¹.

Nos primórdios, vivia o homem em regime tribal, com total liberdade e comunhão de patrimônio, restringidos apenas pelo interesse de sobrevivência do grupo. Após a criação do Estado, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total, porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do povo, chegando Luís XIV a dizer: "*L'État c' est moi*" (O Estado sou eu)².

Todavia, a saga pela liberdade nunca foi abandonada, pois, para o homem constitui o seu mais precioso bem, sendo o modo natural de manifestação da vida, da inteligência, da criatividade, das quais decorrem, inelutavelmente, a indústria e o progresso, enfim, a civilização. O homem nasceu para ser livre, sujeitando-se ao mínimo de restrições necessárias à realização do bem comum.

Com exatidão Silveira nos mostra que "a lição que se extrai é que as ditaduras e impérios que se apoiaram em ordem absoluta, individual do tirano ou do grupo dominante, contrariando a natureza das coisas, por mais poderosos que tenham sido, entraram em colapso, como registra a história. Apenas o governo democrático, que tem o povo como base, com suas múltiplas diversidades individuais e diferentes anseios, pode se desenvolver serenamente, administrando a conjuntura variável, pois, ainda que cometa erros, serão, por certo, reparáveis"³.

1 SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal – Due process of Law, p. 15.

2 SILVEIRA, P. F. *Idem*, *ibidem*.

3 SILVEIRA, P. F. *Idem*, *ibidem*.

No Direito Inglês a garantia do devido processo legal surgiu no reinado de John, chamado de Sem-Terra, cujo reinado usurpou de seu irmão Ricardo Coração de Leão que morreu em virtude de um ferimento de flecha recebido em uma batalha.

"João Sem-Terra", ao "assumir a coroa passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os barões a se insurgirem: 'Os desastres, cincas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais, reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou"⁴.

Assim, em 15/06/1215, John foi obrigado a concordar apondo seu selo real, com os termos da declaração de direitos, que lhe foi apresentada pelos barões, a qual ficou conhecida como Magna Carta, ou *Great Charter*. Por esse documento, o Rei John jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*). Destaca-se que a Magna Carta (1215) evidenciou pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, com regra absoluta a ser observada, o devido processo legal (*due process of law*)⁵: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra".

4 SILVEIRA, Paulo Fernando. Obra citada, p. 21, apud PONTES DE MIRANDA. História e prática do habeas corpus. p. 11

5 SILVEIRA, P. F. Obra citada, p. 22.

Portanto, pela primeira vez na história instituiu-se o devido processo legal que constitui a essência da liberdade individual em face da lei, ao afirmar que ninguém perderá a vida ou a liberdade, ou será despojado de seus direitos ou bens, salvo pelo julgamento de seu pares, de acordo com a lei da terra⁶.

No Direito Americano a origem do devido processo legal surgiu por meio de dissidentes protestantes ingleses, que, em fuga, aportaram nas praias americanas da Virgínia, em 1607, trazendo consigo os fundamentos da *common law*, entre os quais o princípio do devido processo legal.

Os virginianos Thomas Jefferson, Madison e Mason submeteram ao Congresso emendas à Constituição, a fim de que nela figurasse o que foi chamado de *Bill of Rights* (Emendas nº 1 a 10), que foram incorporadas em abril de 1791. O que Jefferson pretendia era um controle legal contra o governo nacional – ele não estava grandemente preocupado com os Estados, uma vez que tinham seu próprio *Bill of Rights*, contenção estatal que os elaboradores julgavam confortavelmente satisfatórios.

Após a Guerra Civil (1861/65), o Congresso aprovou, em 1866 – visando conferir, harmoniosamente, os direitos expressos no *Bill of Rights*, em face das dispareas constituições dos diversos Estados da União – a Emenda XIV, a qual só foi ratificada em 9/7/1868, por ¾ dos legislativos estaduais, como exige o art. V, da Constituição americana. Essa emenda, na Seção I, traz a seguinte redação:

Todas as pessoas nascida ou naturalizada nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da leis⁷.

6 SILVEIRA, P. F. *Obra citada*, p. 22.

7 SILVEIRA, P. F. *Idem*, p. 26 e 27.

O Direito Brasileiro registra o instituto do devido processo legal na área criminal procedimental:

Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824

Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável que a Lei marcará, atenta a extensão do território o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar aos Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as¹⁸.

A Constituição de 1891, inspirada na Constituição americana de 1787, instituiu o federalismo, transformando as antigas províncias em Estados-Membros do País, já que antes o Brasil era um Estado unitário.

Da Lei Fundamental de 1891, constou, também, uma declaração de direitos, entre os quais não figurou expressamente o devido processo legal, não obstante, no campo criminal, houvesse menção à plena defesa com os recursos e meios essenciais a ela, bem como à cláusula proibitiva da prisão sem prévia formação de culpa, vejamos:

Constituição da República dos Estados unidos do Brazil, promulgada a 24 de fevereiro de 1891.

Secção II – Declaração de Direitos

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

¹⁸ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, p. 832

§ 16 – Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.⁹

Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas toma o poder. Surge a Constituição de 1934, que teve existência efêmera, já que em 1937 foi outorgada ao País nova ordem constitucional, por força da ditadura decorrente do Estado Novo. Embora contenha no bojo destas a ventilação do princípio da ampla defesa não há de se cogitar de liberdades civis durante a vigência dessas duas cartas políticas.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934.

Cap. II – Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

24 – A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com meio e recursos essenciaes a esta."¹⁰

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada a 10 de novembro de 1937.

Dos Direitos e garantias individuais

Art. 122 A Constituição assegura aos brasileiros, estrangeiros residentes no país os direitos á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

11 – À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução

9 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Idem, p. 768

10 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Obra citada, p. 716

criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa." ¹¹

Elaborada com bases democráticas, haja vista a participação do povo; tivemos a Constituição de 1946, dedicando o Capítulo II aos direitos e garantias individuais (art. 141/4/25). Contudo, embora tenha ampliado o leque das liberdades civis, não fez referência expressa ao devido processo legal:

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18 de setembro de 1946.

Art. 141 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 25 - É assegurada aos acusados, plena defesa com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada, pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória."¹²

Após o Golpe Militar de 31/3/64, seguiram-se as constituições outorgadas de 1967 e 1969 (Emenda nº 1), nas quais, não obstante constarem formalmente direitos individuais, por óbvio não foram respeitados.

Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967.

Cap. IV - Dos Direitos e Garantias individuais

Art. 150 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

11 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo, Idem, p. 619

12 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Obra citada, p. 716

§ 15 – A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção." ¹³

A atual Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988, fruto da ampla participação do povo, pela primeira vez na história constitucional brasileira, previu expressamente, como princípio garantidor das liberdades civis, o devido processo legal (*due process of law*), ao dispor no art. 5º, inciso LIV:

"Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O constituinte a complementou, pelo inciso LV, onde diz:

"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O conceito do devido processo legal, seja procedimental (instrumental viabilizador das liberdades civis) ou substantivo (análise de seu conteúdo substantivo da legislação), tem evoluído no tempo, sendo sobretudo ampliado.

Roberto Rosas¹⁴, ensina-nos que "a Constituição assegura aos litigantes (em 1969 – acusados) ampla defesa (art. 5º, LV). Dir-se-á que a regra dirige-se para o processo penal, administrativo ou fiscal. Assim pensa Pontes de Miranda. No entanto, essa restrição deve ser ponderada. O fato de alguém ser acusado não leva fatalmente a entender-se incriminação penal. Na tradição constitucional brasileira essa diretriz era para o processo penal, tanto que desde 1824 falava-se em prisão, culpa formada, nota de culpa, expressões não mais usadas no texto atual.

13 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Idem*, p. 429-431

14 ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, p. 45 e 46.

Marinoni lembra-nos que "convém recordar que o Estado, ao proibir a autotutela privada e assumir o monopólio da jurisdição, obrigou-se a tutelar de forma adequada e efetiva todos os conflitos de interesses, sabendo que para tanto necessitaria de tempo para averiguar a existência do direito afirmado pelo autor. O equívoco, contudo, deu-se quando o Estado, em virtude de receios próprios da época do liberalismo do final do século XIX, construiu um processo destinado unicamente a garantir a segurança e liberdade do réu diante da possibilidade de arbítrio do juiz".¹⁵

Num pensamento mais evolutivo e dando-se maior elasticidade ao conceito do devido processo legal, Paulo Henrique dos Santos Lucon aduz que "a igualdade interage com o devido processo legal, pois o exercício do poder estatal só se legitima através de resultados justos e conformes com o ordenamento jurídico, por meio da plena observância da ordem estabelecida, com as oportunidades e garantias que assegurem o respeito ao tratamento paritário das partes. Tal é o direito ao processo justo, ou seja, o direito á efetividade das normas e garantias que as leis do processo e de direito material oferecem.

A real consecução do acesso á justiça e do direito ao processo exigem o respeito às normas processuais portadoras de garantias de tratamento isonômico dos sujeitos parciais do processo. Ao estabelecer a ordem de atos a serem praticados, lógica e cronologicamente, com a observância de todos os requisitos inerentes a cada um deles e a exigência da realização de todos, a lei pretende atingir um resultado de modo a tutelar quem tem razão. Isso significa atingir a ordem jurídica justa, que tem estreita relação com o devido processo legal, pois igualmente pode ser vista como meio e fim; se de um lado é a própria abertura de caminhos para a obtenção de uma solução justa, de outro constitui a própria solução justa que se espera – justa porque conforme com os padrões éticos e sociais eleitos pela nação. Daí porque o devido processo legal é uma cláusula de abertura do sistema na busca por resultados formal e substancialmente justos. Tal é

15 Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci, p. 224.

a amplitude que se espera dessa garantia de meio e de resultado, que desenha o perfil democrático do processo brasileiro na obtenção da justiça substancial."¹⁶

E diz mais: "a garantia constitucional do devido processo legal exige que se dê às partes a tutela jurisdicional adequada. Além disso, aos sujeitos do processo devem ser conferidas amplas e iguais oportunidades para alegar e provar fatos inerentes à consecução daquela tutela".¹⁷

1.3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Assente é, na moderna doutrina constitucional, que a Constituição é uma norma jurídica e não uma norma qualquer, mas a primeira entre todas, *lex superior*, que, em virtude de sua supremacia, erige-se como parâmetro de validade das demais normas jurídicas do sistema, inexistindo, portanto, como já asseverava Rui Barbosa, cláusulas ociosas, com mero valor de conselhos, avisos ou lições.

Mas, qual o sentido e a função da expressão dignidade da pessoa humana? Qual o seu alcance? Que significa dizer-se, como está inscrito no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal, que o Brasil é uma República Federativa que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana?

1.4 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não há, nos povos antigos, o conceito de pessoa tal como o conhecemos hoje. O homem para a filosofia grega era um animal político ou social, como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o Cosmos, com a natureza, como ensina Jaeger¹⁸. Zeller, citado por Batista Mondin, chega a afirmar que "na filosofia antiga falta até

¹⁶ Garantias Constitucionais do Processo Civil – Obra citada, p. 98.

¹⁷ Garantias Constitucionais do Processo Civil. Idem p.99-100

¹⁸ TOBEÑAS, José Castan - Los Derechos del Hombre, p. 39; REALE, Miguel - Questões de Direito Público, p. 3.

mesmo o termo para exprimir a personalidade"¹⁹, já que o termo "*persona*" deriva do latim.

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um "deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade".

Ensina Alexandre de Moraes²⁰:

a dignidade é um valor espiritual, moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre *sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerando a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF, art. 226, § 7º). O princípio fundamental consagrado

¹⁹ MONDIN, Battista - O homem, quem é ele? p. 285.

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência, p. 11.

pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 a (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

1.5 CONCEPÇÕES DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Utilizando-nos da terminologia empregada por Miguel Reale, constatamos, historicamente, a existência de, basicamente, três concepções da dignidade da pessoa humana²¹: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Caracteriza-se o individualismo pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos. Seu ponto de partida é, portanto, o indivíduo.

Tal juízo da dignidade da pessoa humana, por demais limitado, característico do liberalismo ou do "individualismo-burguês"²², "*disto de ser una*

²¹ REALE, Miguel - Filosofia do Direito, p. 277. Jorge Miranda, por sua vez, utiliza os termos individualismo, que, para ele, também pode ser chamado personalismo; supra-individualismo e transpersonalismo, que, portanto, são usados em sentidos diferentes daqueles por nós empregados. Apud, MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p.38.

²² FARIAS, Edilson Pereira - Colisão de Direitos, p. 47.

*respetable reliquia de la arqueologia cultural*²³, compreende um modo de entender-se os direitos fundamentais.

Estes serão, antes de tudo, direitos inatos e anteriores ao Estado, e impostos como limites à atividade estatal, que deve, pois, se abster, o quanto possível, de se intrometer na vida social. São direitos contra o Estado, "como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado"²⁴. Denominam-se-lhes, por isso, direitos de autonomia e direitos de defesa²⁵.

Redunda, ainda, como advertem Reale²⁶ e Canotilho²⁷, num balizamento da compreensão e interpretação do Direito e, a fortiori, da Constituição. Assim, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. Ademais, num conflito indivíduo versus Estado, privilegia-se aquele.

Já com o transpersonalismo, temos o contrário: é realizando o bem coletivo, o bem do todo, que se salvaguardam os interesses individuais; inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos. Nega-se, portanto, a pessoa humana como valor supremo²⁸. Enfim, a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo.

A terceira corrente, que ora se denomina personalismo, rejeita quer a concepção individualista, quer a coletivista; nega seja a existência da harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade, resultando, como vimos, numa preponderância do indivíduo sobre a sociedade, seja a subordinação daquele aos interesses da coletividade.

Ensina Lacambra: "não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana"²⁹, a primazia pelo valor coletivo não pode, nunca, sacrificar, ferir o

²³ SANCHIS, Luis Prieto - *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, p. 26. Aliás, podemos entrever em algumas interpretações da Constituição e dos Direitos Fundamentais inúmeros traços individualistas

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis - *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 73.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional*, p. 505.

²⁶ REALE, Miguel - *Idem*, p. 278.

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes - *Obra citada*, p. 505, fala "que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais".

²⁸ REALE, Miguel. *Obra citada*, p. 277.

²⁹ MATA-MACHADO, E.G. da. *Obra citada*, p. 141.

valor da pessoa. A pessoa é, assim, um *minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, ser, valor não pode ultrapassar³⁰.

1.6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e "um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro"³¹.

No entanto, tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo versus Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

³⁰ De idêntica opinião é Reale e Farias.

³¹ FARIAS, Edilson, Obra citada, p. 51.

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza³². É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, como vimos, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "homo clausus", ou o "antropologicun fixo". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática"³³.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a "fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais"³⁴, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais³⁵, o "valor que atrai a realização dos direitos fundamentais"³⁶; daí falar-se, em consequência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo mas também cumprem funções estruturais, são "*conditio sine qua non del Estado constitucional democrático*"³⁷.

Outrossim, a fundamentalidade destes direitos³⁸, tanto formal como material. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos dificultosos de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Com razão, Canotilho fala "que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais"³⁹. E, nas palavras de Pérez Luño, "*para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial*

³² Anais da XV Conferência Nacional da OAB, p. 549.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional, p. 362/363.

³⁴ FARIAS, Edilson, Obra citada, p. 54.

³⁵ - MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 166/167.

³⁶ SILVA, José Afonso da - Anais da XV Conferência Nacional da OAB, p. 549.

³⁷ SEGADO, Francisco Fernandez, Obra citada, p. 77.

³⁸ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 503 e segs.; CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 498 e segs, que, aliás, diz ser a dignidade da pessoa humana "a raiz fundamentante dos direitos fundamentais".

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Obra citada, p. 505, fala "que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais".

fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectar-se, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Así, nuestro Tribunal Constitucional há reconocido, de forma expressiva, que los derechos fundamentales son el parámetro 'de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento'⁴⁰.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio, Obra citada, p. 310.

2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Interceptar (de intercepto + ar) significa etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar, reter, empolgar⁴¹.

Do ponto de vista jurídico, especificamente da Lei 9.296/96, a palavra “interceptação” não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa informação⁴². (grifo nosso)

2.2 CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E BREVE HISTÓRICO

Interceptação telefônica e, então, a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais, no caso de *conference call* – teleconferência) interlocutores sem o conhecimento de qualquer um deles.

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com conseqüências penais – quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também como reflexos no processo.

Grevi definia as interceptações telefônicas como operação limitadora das comunicações telefônicas, em dois enfoques: da liberdade (através do impedimento ou desvio) e do sigilo (através da escuta e do conhecimento).

Grosso, procurando diferenciar a interceptação telefônica em sentido estrito, de outras formas de controle que incitem sobre a liberdade e o sigilo

41 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. O Dicionário da Língua Portuguesa, p. 1.123.

das comunicações, assim esboçou os seus contornos: a) a escuta direta e secreta das mensagens telefônicas; b) a captação da conversa simultânea à escuta; e c) o desconhecimento da operação por parte de pelo menos um dos interlocutores.

A doutrina e a jurisprudência, ainda vigência do velho Código de Processo Penal italiano, vislumbrava dois perfis caracterizadores da atividade de interceptação: de um lado, a posição subjetiva do agente; de outro, as formas e meios da percepção. Hoje, no que se refere ao primeiro perfil, constitui voz corrente, sustentando Francesco Caprioli, que *“il concetto di intercettazione presuppone la terzeità dell’ agente”*. Obviamente, se interceptar significa captar alguma coisa na passagem de um emitente para um destinatário, resultaria ilógico que este último interceptasse. A *tezeità*, é, pois, elemento fundamental do conceito de interceptação.

A questão de um dos interlocutores saber que a interceptação está ocorrendo, não desfigura o seu conteúdo original, que seria o de “deter na passagem” o conteúdo da conversação, mas pode ter reflexos na caracterização à *privacy*.

O que importa, e também resulta essencial à noção de interceptação, além do fato de a operação ter sido realizada por alguém estranho à conversa, é que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma lhe permaneceriam, desconhecidas. Se é pelo ato de terceiro que se concretiza a interceptação telefônica, a hipótese de um dos interlocutores gravar a própria conversa, limitando-se, assim, a documentar fatos conhecidos, não se caracteriza como tal, nem se sujeita à mesma disciplina. Denomina-se, assim, gravação clandestina, para efeito de distingui-la, fundamentalmente, de interceptação telefônica. A eventual divulgação da própria conversa pode caracterizar afronta à intimidade (violação de segredo profissional, crime previsto no art. 154 do Código Penal Brasileiro).

⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*, p. 95.

2.3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA VINCULADA AO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A legitimidade das gravações telefônicas remete, obrigatoriamente, à licitude ou ilicitude das provas obtidas, sendo estas produto da “interceptação telefônica”.

O Prof. Elimar Szaniawski, ao expor as diferenças entre as gravações lícitas e ilícitas, afirma que

as primeiras (gravações lícitas) consistem na realização do registro de conversações, depoimentos, conferências ou narrativas dos mais diversos fatos como a ocorrência de acidente, desabamentos, homicídios, fenômenos naturais etc. Nesta espécie de gravação, as lícitas, verificamos que sua principal característica é que, no momento em que foi realizada a captação do som, voz ou imagem do indivíduo, tinha este o pleno conhecimento da feitura das gravações ou dos interlocutores, tratando-se de fixação de conversação. Pode, ainda, a gravação ser realizada perante autoridade policial ou administrativa onde se assegurem todas as garantias constitucionais de respeito à liberdade da pessoa humana, de sua dignidade e o respeito à sua pessoa. Já o segundo grupo, o das gravações ilícitas, se caracteriza pelo fato do desconhecimento por parte do indivíduo, interlocutores, ou grupos de pessoas, de que sua voz, ou imagem estejam sendo captadas e registradas por intermédio de algum aparelho em fitas para poder ser reproduzida. Inclui-se na espécie a captação da imagem por meio de fotografias do tipo chapa fotográfica, filme negativo, dispositivos (slides) ou outros meios de fixação da imagem. As gravações ilícitas podem ser classificadas em: interpolações, montagens e gravações sub-reptícias.⁴³

⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, p. 188.

Em relação à gravação sub-reptícia, continua dizendo ser aquela

que se dá clandestinamente, isto é, quando a voz, a imagem ou a imagem e a voz, simultaneamente, são fixadas por aparelhos sem o conhecimento da pessoa que fala e cuja imagem aparece. São captações clandestinas geralmente realizadas por aparelhos ocultos ou disfarçados. A maioria dos autores denomina *degravações ilícitas* aquelas que são realizadas às ocultas sem conhecimentos por parte daquele cuja voz ou imagem estejam sendo gravadas. Para nós, qualquer desses meios de se captar a voz ou a imagem, clandestinamente, bem como qualquer tipo de distorção de uma gravação, constitui-se em gravação ilícita, nesta última, mesmo que a gravação original tenha sido realizada como conhecimento e expressa autorização da pessoa cuja voz ou imagem tenham sido captadas, qualquer espécie de corte ou outro tipo de distorção ou alteração caracterizam sua ilicitude.

Assim, a tutela constitucional das comunicações pretende tornar inviolável a manifestação de pensamento que não se dirige ao público em geral, mas à pessoa ou pessoas determinadas. Consiste, pois, no direito de escolher o destinatário da transmissão.

2.4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA VINCULADA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O não alinhamento ao devido processo legal torna ilícita todo o produto da interceptação telefônica.

Reputa-se lícita a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O seu resultado – que é uma operação técnica – é fonte de prova. Através do meio de prova (a gravação e a sua transcrição será introduzida no processo. Considera-a a doutrina meio de apreensão imprópria no sentido de por ela se apreenderem os elementos

fonéticos que forma a conversação telefônica, e enquadrando-a como forma de coação processual *in re*⁴⁴.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos a sua execução depende de ordem judicial. O provimento que autoriza a interceptação telefônica reveste-se de natureza cautelar, pois visa à fixação dos fatos, como se apresentam, no momento da conversa. Enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e nesse sentido, visando conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas. A tutela penal surge, exatamente, como afirma Romeu Pires de Campos Barros, da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório⁴⁵.

Para LIMONGI,⁴⁶

o devido processo legal é insuscetível de conceituação, devendo o caso concreto delinear-lhe o alcance e aplicabilidade. O *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo...

Ao contrário do que parece à primeira vista, o princípio do devido processo legal não fica cingido apenas ao processo jurisdicional. Seu âmbito de ingerência faz-se também em outros campos da realidade jurídica. Assim é que a doutrina distingue o devido processo legal substantivo do devido processo legal processual. Para o primeiro, os postulados do devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial.

⁴⁴ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 237.

⁴⁵ CAMPOS BARROS, R.P. *Do fato típico no direito processual penal*. 176/26; *A nulidade no processo penal*. RePro 212/199; *O processo penal cautelar*. RePro 2/220.

⁴⁶ LIMONGI, Celso Luiz. *O devido processo legal substantivo e o direito penal*. In: *Revista da Escola da Magistratura*.

Pode-se, por exemplo, mencionar o princípio do devido processo legal substantivo aplicável no Direito Administrativo, ao estatuir um limite ao Poder Público, traduzido no controle da racionalidade e da motivação dos atos da administração pública.

O *procedural due process* diz respeito às garantias individuais aplicáveis no âmbito processual penal.

Ensina Nery Júnior que: “o devido processo legal em seu sentido processual nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”⁴⁷

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, ver. aum, e atual.com a Lei das interceptações telefônicas p.206/96 e a Lei de arbitragem 9.307/96, p. 436.

3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O DIREITO COMPARADO

Os limites da admissibilidade das interceptações telefônicas, enquanto técnicas de repressão à criminalidade, embicam-se nos limites do sigilo à correspondência. Variam, estes, segundo os diversos ordenamentos jurídicos, encontrando, contudo, uma base comum nas numerosas leis que frutificaram de solicitações desenvolvidas nas organizações internacionais.

As declarações Universais de Direitos do Homem proclamam o direito à privacidade, compreendido no respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e à correspondência, embora não criem obrigações jurídicas, inspiraram os Estados a firmar pactos e convenções para a efetivação prática de seus princípios. Esses instrumentos impõem aos signatários obrigações internacionais, no âmbito da organização universal ou da européia.⁴⁸

3.1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA ITÁLIA

A Constituição italiana, em seu art. 15, proclama a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações, sob duas ordens de limitações: a) limites impostos pelo juiz, através de ato motivado; e b) garantias previstas pela lei.

As interceptações já vinham disciplinadas no antigo Código de Processo Penal, o Código Rocco, em seus arts, 226 (que permitia à polícia judiciária interceptações, independentemente de autorização do juiz) e 339 (que dispunha sobre a apreensão na instrução formal, sem referência expressa à obrigação de motivação da decisão judicial). Tais disposições, contudo, colidiam com o texto constitucional.

⁴⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas, p. 110.

No sentido de adequar essas normas aos princípios da Constituição, adveio a Lei 517, de 18/06/1955, que modificou a redação dos citados arts. 226 e 339, estabelecendo a necessidade de, em qualquer caso, serem interceptações autorizadas por determinação motivada da autoridade judiciária. Restava regulamentar, contudo, as “garantias previstas pela lei” a que se referia o art. 15 da Constituição.

Num importante pronunciamento, de 06/04/1973, suscitado por diversos escândalos sobre suspeita de interceptações indevidas e manipulação do material delas extraído, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade do art. 226, do Código Rocco, quer em relação ao art. 15, quer em relação ao art. 24 da Constituição (que alberga o princípio da proteção judiciária e a inviolabilidade do direito de defesa, entre outras disposições). A par de reconhecer uma série de garantias (obrigação de motivação detalhada, controle do decreto de autorização durante os debates, segredo instrutório, utilização apenas do material relevante para efeito de acusação, necessidade de um termo fixado pelo juiz), preconizava a promulgação de uma lei para garantir o efetivo controle – de direito e de fato – do juiz, sobre a execução das interceptações e eliminação do material impertinente.

Após vários projetos e modificações, em resposta célere à recomendação da Corte e à expectativa parlamentar, aperfeiçoou-se a disciplina das interceptações com a Lei 98, de 08/04/1974, que se revelava, segundo Chiavario, mais garantística em alguns pontos, representando, sobretudo, a afirmação, em face do art. 15 da Constituição, de que a proibição de utilização das provas obtidas em violação dos direitos fundamentais se desdobrou num “*divieto di utilizzazione delle intercettazioni illicite*”, o que inclui não apenas as interceptações efetuadas foras dos casos relevados pela lei, mas também aquelas realizadas em desconformidade com as garantias previstas pela lei⁴⁹.

⁴⁹ AVOLIO, L. F. T. Obra citada, p. 124 a 126.

3.2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA ESPANHA

O art. 18, nº 1, da Constituição Espanhola garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, acrescentando o nº 3 que se assegura o segredo das comunicações e, em especial, das postais, telegráficas e telefônicas, salvo ordem judicial. Tais direitos vinculam a todos os poderes públicos e o seu exercício, como dispõe o art. 53.1, somente poderá ser regulamentado por lei.

O art. 55.2 prevê a possibilidade de suspensão, para determinadas pessoas, e com a necessária intervenção judicial, de alguns direitos e liberdades, entre os quais os previstos no art. 18, para fins de investigações sobre atuação de grupos armados ou elementos terroristas. Somente um lei orgânica poderá determinar, individualizadamente, as formas e os casos em que essas exceções serão aplicadas⁵⁰.

3.3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA ALEMANHA

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, com redação dada pela lei Constitucional de 14/06/1968, prescreve, em seu art. 10, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, com as limitações impostas, exclusivamente, pela lei. Até a regulamentação legislativa, pela Lei de 14/08/1968 – que introduziu no Código de Processo Penal os artigos 100a e 100b – doutrina e jurisprudência entendiam inviolável e absoluto o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, sendo as interceptações consideradas violações à Constituição, e, portanto, inadmissível no processo, segundo a concepção de superação da dicotomia *substance procedure*. Salvo, excepcionalmente, as hipóteses que deram margem à aplicação da teoria da proporcionalidade.

⁵⁰ AVOLIO, L. F. T. Obra citada, p. 132.

Em linhas gerais, a possibilidade da interceptação telefônica é cercada das mesmas cautelas básicas inseridas na lei norte-americana, do mesmo ano, quais sejam: depende de ordem do juiz, ou, nos casos de urgência, pode ser ordenada pelo Ministério Público, sujeita a convalidação judicial; a forma e o conteúdo do mandado que a autoriza são minudentemente previstos, a inobservância dos requisitos legais importa na destruição da gravação obtida; deve ser comunicada ao interessado, tão logo seja possível, sem colocar em risco os resultados da instrução; e somente pode ser determinada quando se afigure indispensável para a apuração dos fatos, relativos às infrações penais que enumera, de forma taxativa: crimes contra o Estado, a segurança nacional, a ordem pública, ou contra a segurança das tropas dos Estados que aderiram ao Tratado do Atlântico Norte; crimes de homicídio voluntário premeditado, de falsificação da moeda, de seqüestro, rapto, tráfico de mulheres, estelionato e os crimes de perigo social, definidos no art. 138 do Código Penal.⁵¹

3.4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA GRÃ-BRETANHA

Embora integrante do sistema da *common law*, como os Estados Unidos, a Inglaterra manteve-se fiel à concepção tradicional da *admissibility-relevancy*, segundo a qual toda prova é válida, desde que relevante. A finalidade básica do processo penal inglês é a descoberta da verdade material, não se colocando, pois o problema *exclusionary rule*. Levando em conta os problemas atinentes à tutela da *privacy*, foi instituída, em 1970, Comissão Ministerial presidida por Yunger, que, diante do dogma da apuração da verdade, somente vislumbrou a inutilizabilidade da prova ilícita no âmbito do processo civil.

O ordenamento jurídico inglês não compreende normas que afastem a *illegally obtained evidence*, nem quanto ao reconhecimento genérico do direito ao sigilo das comunicações, protegendo apenas a correspondência epistolar.

⁵¹ AVOLIO, L. F. T. Obra citada, p. 124 a 126.

Existe, no entanto, entre numerosas leis esparsas, o *Wireless Telegraphy Act*, de 1949, cujo art. 5º, letra *b*, configura como crime o uso de aparelhos de radiotelecomunicação com a finalidade de tomar conhecimento do conteúdo, do remetente, ou do destinatário de qualquer tipo de mensagem, que se afigura aplicável às interceptações telefônicas. A possibilidade de interceptação autorizada é confiada exclusivamente ao Ministro do Interior, sem intervenção judicial, mediante requerimento da polícia judiciária, da autoridade tributária ou dos serviços de segurança. A praxe inglesa é a utilização das interceptações apenas como meio de investigação, e não como fonte de provas a serem produzidas em juízo. Mas nada obsta que no sistema inglês, como vimos, uma interceptação indevida, como qualquer outra prova ilícita, venha a ser admitida em juízo. Recentes tendências jurisprudenciais atribuem discricionariedade do juiz a admissão de prova obtida de forma ilícita ou imoral, as quais, se produzidas pela defesa, segundo o critério de que a exclusão de uma prova não pode acarretar prejuízo injusto à posição processual do réu, não podem ser consideradas inadmissíveis.

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da prova ilícita *pro reo* tem plena acolhida no sistema britânico, o que não exclui a eventual utilização da prova ilícita *pro societate*, em nome do princípio da verdade real. Criticável, pois, sob o ponto de vista teórico, dentro da moderna concepção do processo como instrumento de liberdade.⁵²

⁵² AVOLIO, L. F. T. Obra citada, p. 121-122.

4. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL

4. 1. ESBOÇO HISTÓRICO

Ensina VICENTE GRECO FILHO⁵³ que antes do atual contexto constitucional, a Carta Magna assegurava o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva. Paralelamente, estava em vigor o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117/62), que dispunha:

“Art. 57. Não constitui violação de telecomunicações:

II –o conhecimento dado:

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.”

Este texto era questionado em face da Constituição então vigente, eis que essa garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional. Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias, que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional instituiu direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves.

A Constituição de 1988, pretendendo superar a polêmica, ao assegurar o sigilo das telecomunicações instituiu ressalva, nos seguintes termos:

Art. 5º

⁵³ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica: considerações sobre a lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, p. 1-4.

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;

Em seguida, porém, outra polêmica instaurou-se, qual seja a de ter sido, ou não, recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, ou se haveria necessidade de norma específica regulamentadora.

Após opiniões e pronunciamentos judiciais divergentes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgado em 09/05/96, concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, dependendo, pois o texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de modo que a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se admitiria a interceptação em nenhum caso.

4.2. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS DO PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

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. Ocorre, porém, que apesar, de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Especificamente relativo à inviolabilidade das comunicações telegráficas, a própria Constituição Federal antecipou-se e previu os requisitos que deverão, de forma obrigatória, ser cumpridos para o afastamento dessa garantia. Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer

expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.

Em seu inciso XII, do art. 5º, abriu uma exceção, qual seja, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos:

- a) ordem judicial;
- b) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- c) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Em relação ao último requisito (*nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer*), conforme comentamos acima, a doutrina dividia-se sobre a recepção e a possibilidade de utilização do art.57,II, da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações). O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu a questão, condicionando a aplicação do requisito à regulamentação de legislação específica.

Ressalte-se que o entendimento do Pretório Excelso sobre a impossibilidade de interceptação telefônica, mesmo com autorização judicial, na investigação criminal ou instrução processual penal, ausente a edição da lei exigida constitucionalmente, foi mantido até a edição da Lei nº 9.296, de 24/07/1996, quando então a hipótese foi regulamentada.

4.3. NOMENCLATURA

Interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais, no caso de *conference call* – teleconferência) interlocutores sem o conhecimento de qualquer um deles.

Importante diferenciar a interceptação telefônica trata da escuta telefônica.

A interceptação, conforme mencionado, na acepção jurídica da palavra, ocorre quando um terceiro tem conhecimento de uma comunicação "alheia", ou seja, de algo que diz respeito aos interlocutores, sem o conhecimento destes.

Já a escuta telefônica é aquela em que um terceiro realiza a interceptação, porém, pelo menos um dos interlocutores tem conhecimento da mesma.

Na interceptação telefônica a ofensa (ao direito à intimidade) é endereçada a todos os interlocutores, ou seja, a intimidade de todos está sendo violada; já na escuta telefônica, a ofensa ocorre contra as pessoas que ignoram a interceptação, por mais que a pessoa que tem conhecimento da interceptação revele o conteúdo íntimo de sua vida.

Entende-se por gravação telefônica aquela realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e a gravação ambiental corre quando se grava uma conversação entre pessoas presentes, por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

Ambas não estão regulamentadas por nosso ordenamento jurídico, ou seja, no Brasil não existe lei admitindo-as, configurando, desta forma, violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal, que assegura o direito à intimidade.

O prof. Luiz Flávio Gomes diz que

O ato de gravar, tão-somente gravar, não configura um ilícito penal. Mas, sem sombra de dúvida, já configura uma violação à intimidade alheia. Por isso, em regra, não se pode divulgar o conteúdo da gravação. A divulgação indevida configura o delito previsto no art. 153, do Código Penal. Quem divulga, sem justa causa, o conteúdo de uma gravação clandestina, está praticando ilícito penal.⁵⁴

⁵⁴ GOMES, L. F. Obra citada, p. 106.

Apenas para efeito de conhecimento, há outra hipótese possível: a interceptação ambiental, que é aquela em que um terceiro efetua a gravação (que não por meio telefônico) de outras pessoas, sem que essas saibam.

4.4. REQUISITOS PARA CONCESSÃO JUDICIAL

Segundo o que trata o caput do art. 3º, da Lei 9.296/96, a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento.

Depreende-se da leitura da lei que somente o juiz é quem tem legitimidade para determinar a interceptação telefônica, podendo esta se dar de ofício pelo juiz ou a requerimento da autoridade policial na investigação criminal (inciso I) ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal (inciso II).

Entretanto, não é todo juiz que pode determinar tal ordem, somente aquele competente para a ação principal.

"Juiz competente é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio. É preciso ordem desse juiz para que se concretize a medida cautelar de interceptação telefônica"⁵⁵.

Aqui, juiz competente, é aquele dotado de jurisdição penal, uma vez que a interceptação telefônica é medida cautelar que visa a obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal. Poderá, então, a ordem ser emitida por juiz dotado de jurisdição penal comum, federal, penal militar ou penal eleitoral.

O sigilo das comunicações telefônicas só pode ser quebrado, em suma, por autorização judicial. (...) E não se trata de ordem de qualquer Juiz, senão do "competente", que é a expressão do princípio do Juiz natural. (...) Uma das mais

⁵⁵ GOMES, L. F. Obra citada, p. 151.

salientes garantias do cidadão no atual Estado Democrático de Direito apoia-se no princípio do Juiz natural. Consoante José Frederico Marques, o princípio, com este nome, ao que parece, foi previsto pela primeira vez na Carta Constitucional de 1814, *in verbis*: *Nul me pourra être distrait de ses juges naturels*.

Desde seu histórico nascimento, que coincide, não por acaso, com a fase iluminista de Beccaria, Montesquieu e outros, o princípio do Juiz natural possui um duplo significado. Em primeiro lugar significa que ninguém pode ser subtraído da jurisdição do Juiz constitucionalmente previsto (explícita ou implicitamente) para o julgamento de cada caso. Em segundo lugar expressa que não pode haver juízo ou tribunal de exceção. Já na Carta Francesa de 1830 vinha contemplado esse segundo aspecto do mencionado princípio".⁵⁶

Importante ressaltar, ainda, que, além da obrigatoriedade de que a ordem de interceptação telefônica advenha do juiz competente da ação principal, este é o responsável pelo controle da legalidade da medida, sendo que este controle deverá, em qualquer hipótese, ser feito antes da determinação da medida, ainda que em casos de urgência, não poderá a polícia ou o Ministério Público determinar a interceptação, submetendo-a posteriormente ao controle judicial de legalidade.

Se de um lado se reconhece a relevante função do Juiz de garante dos direitos fundamentais, de outro lado, sobretudo em casos de urgência, impõe-se que o "Juiz competente" esteja disponível para analisar o pedido de interceptação. Nos dias em que não existe expediente forense, deve ser procurado o "Juiz de plantão". O crime não tem hora certa, por isso, para que não haja negação de tutela judicial, sempre um Juiz há de estar à disposição, em razão do sistema fixado⁵⁷.

4.5. NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO JUDICIAL

A natureza da interceptação telefônica é cautelar, sendo preparatória quando concretizada na fase policial ou incidental quando realizada em juízo, durante a instrução.

Sendo medida cautelar, claro está que a interceptação telefônica está sujeita a requisitos básicos de toda medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo ou risco decorrente da demora da prestação jurisdicional para a salvaguarda de um direito ou interesse).

Ver-se-á adiante como esses requisitos são determinados como existentes ou inexistentes quando do requerimento da interceptação telefônica, lembrando que são cumulativos, pois que ausente qualquer um deles, não caberá a interceptação telefônica.

4.5.1 Fumus boni iuris

O *fumus boni iuris*, em processo penal, exprime duas exigências: a probabilidade de autoria e participação numa infração penal e a probabilidade de existência de uma infração penal. A primeira refere-se ao agente da infração penal e a segunda à infração propriamente dita, ou seja, à sua materialidade, existência.

A lei não se contentou com a mera possibilidade de autoria ou participação, ou seja, com a mera suspeita de que alguém cometera um crime, para que se determine a quebra de sigilo telefônico do mesmo. A lei requer indícios razoáveis de autoria ou participação.

⁵⁶ GOMES, L. F. Obra citada, p. 151.

Para Ruiz Vadillo, indícios razoáveis são

indicações ou sinais, ou seja, dados externos que, apreciados judicialmente, conforme as normas da reta razão, permitem descobrir ou vislumbrar, como diz a doutrina científica, sem a segurança da plenitude probatória, porém com a firmeza que proporciona uma suspeita fundada, é dizer, razoável, lógica, conforme as regras da experiência, a responsabilidade criminal da pessoa em relação com um fato punível objeto de investigação por meio da interceptação telefônica.⁵⁸

E para que tais indícios apareçam, normalmente já existe uma investigação criminal ou um processo em curso, não sendo necessariamente instaurado inquérito policial para que se configurem tais indícios.

Desse modo, a interceptação pode ser o primeiro ato de investigação, desde que presentes indícios prévios e suficientes, pois "o Juiz não deve atender às meras suspeitas ou conjecturas, senão fundamentar sua decisão em bases objetivas e seguras".⁵⁹

O juízo de valoração dos referidos indícios chamados razoáveis dar-se-á pelo juiz, para fundamentar sua decisão, deverá evidenciá-los com clareza.

Deve exteriorizar qual é o indício ou quais são os indícios, porque, caso não o faça, caso ficassem guardados na sua intimidade, de nada valeria a exigência legal de sua existência, que deve acontecer antes da decisão, não depois. Isso significa que somente o juiz, porém, não a seu livre arbítrio, senão sempre de acordo com a lei e conforme seus princípios, é o único que pode determinar uma intervenção telefônica.⁶⁰

⁵⁷ GOMES, L. F. *Idem*, p.197.

⁵⁸ VADILLO, Ruiz. *Escuchas telefônicas*, (Caso Naseiro), citado por GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*, p. 179.

⁵⁹ ESCUSOL BARRA, Eladio. *Manual de Derecho Procesal-Penal* citado por GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*, p. 179.

⁶⁰ VADILLO, Ruiz. *Obra citada*, p. 179.

Cabe esclarecer que a interceptação telefônica é pós-delitual, ou seja, vem depois da concretização do delito. Os órgãos de persecução penal (polícia e Ministério Público) devem já contar dados razoáveis e suficientes sobre a autoria do delito, bem como da efetiva existência deste, para que possam pleitear a interceptação telefônica.

No que tange à materialidade do delito, a probabilidade de sua existência deve estar amparada em provas inequívocas.

Essa probabilidade de existência de uma infração penal, ademais, para além de expressas a existência concreta de um fato penalmente relevante, deve ser concebida em sentido mais amplo, para alcançar vários outros pressupostos de punição, tais como: punibilidade da infração (ausência de causas impeditivas como imunidade material parlamentar, imunidade diplomática etc), presença de condições objetivas de punibilidade, pretensão punitiva estatal não prescrita, presença de condições de procedibilidade (manifestação de vontade da vítima quando se trata de ação penal privada ou pública condicionada à representação) etc. Em suma, somente quando se vislumbra viabilidade real de punição é que se deve autorizar a interceptação telefônica, que é medida de reconhecimento excepcional, por envolver um dos direitos fundamentais mais salientes: o direito ao sigilo das comunicações".⁶¹

4.5.2 Periculum in mora

É o segundo requisito básico necessário à autorização da interceptação telefônica. Trata-se do perigo ou risco para a garantia de um direito ou interesse face à demora da prestação jurisdicional, tendo como características principais a necessidade e a urgência.

A lei 9.296/96 é clara em determinar que a interceptação telefônica será o último meio a ser disponibilizado para a constituição de uma prova. Se a

⁶¹ GOMES, L. F. Obra citada, p. 179.

prova pode ser obtida por outros meios, não deverá o Juiz autorizar a interceptação telefônica, vez que em sua fundamentação deverá demonstrar a necessidade da medida, cabendo a ele determinar se existem ou não outros meios disponíveis para a obtenção das provas.

O princípio da necessidade "busca invadir a esfera da liberdade do indivíduo o menos possível. É o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão que formulou a seguinte máxima: o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo"⁶²

O Prof. Marcelo Antonio Theodoro ensina que:

A proporcionalidade engloba para a sua aplicação outros três princípios, assim descritos:

- a) exigência da adequação da medida restritiva na própria lei;
- b) necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito;
- c) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.⁶³

Em suma, somente quando restar comprovada a "indispensabilidade do meio de prova" (art. 5º in fine) é que autoriza a interceptação telefônica.

"Exclusivamente quando for indispensável, *conditio sine qua non* para a apuração da infração, é que ela se justifica".⁶⁴

"É evidente caráter *rebus sic stantibus* da decisão, isto é, passada a "urgência", pode ser que se descubra, depois da interceptação, que haviam outros

⁶² BARROS, S. de T. O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, p. 79.

⁶³ THEODORO, Marcelo Antonio. Direitos Fundamentais & sua Concretização, Curitiba, 2002, p. 61.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. A escuta telefônica e os direitos fundamentais: as necessárias cautelar", p. 4, citado por GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica, p. 182.

meios disponíveis. Mas senão eram evidentes no momento da decisão, ela é válida.⁶⁵

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade integra o princípio da necessidade, ou seja, o Juiz deve sopesar, no momento em que analisa o requerimento de interceptação telefônica, se existem ou não outros meios (processuais) disponíveis naquele momento para a obtenção da mesma prova.

O princípio da proporcionalidade, quando aplicado, assegura a proibição do excesso, que é a expressão da intervenção mínima, da alternativa menos gravosa ou também chamada de subsidiariedade. Sua função principal consiste em "obrigar os órgãos do Estado a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam suficientemente aptas para a satisfação do fim perseguido e a eleger, finalmente, a que seja menos lesiva para os direitos dos cidadãos".⁶⁶

4.5.3 Crimes punidos com reclusão

Outro requisito da admissibilidade da interceptação telefônica é que a mesma só caberá nos casos de crimes punidos com reclusão.

O artigo 2º, inciso III, da Lei 9.296/96 determina que não será admitida a interceptação telefônica quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Mais uma vez urge dizer que a interceptação telefônica é pós-delitual, portanto, quando a lei refere-se a "fato investigado" entende-se este como fato precedente, ou seja, fato já ocorrido que esteja sendo investigado e, ainda, que o mesmo constitua "infração penal", é dizer, somente os fatos típicos, descritos em lei, é que autorizam a medida cautelar.

⁶⁵ FERNANDES, A. S. A lei de interceptação, citado por GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica, p. 182.

⁶⁶ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y derechos fundamentales, p. 189 citado por GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica, p. 183.

Irrelevante é se a infração penal é de competência da justiça comum ou especial (militar, eleitoral) ou, ainda, se a ação penal é pública ou privada. O que importa é a pena máxima cominada. "A pena máxima cominada, destarte, é a que delimita o âmbito de admissibilidade da interceptação telefônica".⁶⁷

Luiz Flávio Gomes diz que

Damásio E. de Jesus, com inteira razão, critica o critério legal pela "extensão e limitação": quanto à primeira, porque literalmente seria cabível interceptação telefônica em qualquer infração punida com reclusão, o que muitas vezes constituirá um exagero; no que concerne à limitação, cabe lembrar que alguns crimes não punidos com reclusão bem que, por natureza, ensejariam a interceptação, como é o caso da ameaça, crimes contra a honra cometidos pelo telefone etc.⁶⁸

4.6. BREVES COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.296, DE 24/07/1996

Antes do advento da Lei 9.296/96, nada havia a respeito da possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, pois este sigilo era assegurado constitucionalmente sem qualquer ressalva.

Na Constituição de 1946 não havia qualquer referência à comunicação telefônica, entendia-se à época que a mesma estava compreendida na garantia constitucional que tratava da inviolabilidade do sigilo de correspondência.

Porém, entrava em vigor, anos depois, o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117/62), que dispunha em seu artigo 57:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicações:

.....

II – o conhecimento dado:

a)

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

⁶⁷ GOMES, L. F. Obra citada, p. 184.

Contudo, este texto era questionado, pois a Constituição vigente à época não admitia tal possibilidade, entendimento que dividia a doutrina. Houve algumas decisões judiciais no sentido de ser possível a aplicação da referida lei por entenderem que a norma constitucional não constitui direito absoluto.

Somente em 1988, com o advento da Carta Magna vigente, tentou-se superar tal divergência, quando assegurou o sigilo das telecomunicações, instituindo apenas uma ressalva:

Art. 5º

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;

Neste momento, a doutrina deparou-se com uma polêmica, qual seja a de se determinar se o art. 57, da Lei 4.117/62 foi recepcionado ou não pela Constituição de 1988.

Divergentes foram os entendimentos, até que o STF em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgado em Maio de 1996, entendeu não estar recepcionada a aludida lei, pois o texto constitucional alude a uma lei específica para tornar-se eficaz. Em histórica decisão, ficou assentado que:

a prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos "frutos da árvore envenenada", o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante - apreensão de 80 quilos de cocaína - e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF ("são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos").

⁶⁸ JESUS, D. E. de. Interceptações de comunicações telefônicas, citado por GOMES, Luiz Flávio. Interceptação

Necessidade de regulamentação do art. 5º, XII, da CF ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações 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).⁶⁹

Desta forma, incabível era a interceptação telefônica no período compreendido entre a entrada em vigor da Constituição vigente até a publicação da lei 9.296/96.

4.6.1 Necessidade de lei específica

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal possibilitou a violação das comunicações telefônicas mediante a verificação de dois pressupostos: que haja sempre uma ordem judicial e que a interceptação telefônica seja para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses em que a lei estabelecer.

Para regular o inciso XII, do art.5º,da CF, em 24 de julho de 1996, foi editada a Lei 9.296, a qual determinou que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, cessando assim a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova e, conseqüentemente, sobre sua ilicitude.⁷⁰

telefônica, p. 186.

⁶⁹ STRECK, L.L. Obra citada, p. 21.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, p.86.

4.6.2 Aplicação da lei nova

A lei 9.296 entrou em vigor em 25 de julho de 1996 e, tendo ciência do princípio da aplicação imediata, tornou-se obrigatória desde então.

Importante ressaltar que a mesma trata-se de *novatio legis* incriminadora e, portanto, é regida pelo princípio da irretroatividade, o que nos faz concluir que todas as interceptação telefônicas realizadas antes da referida lei são ilícitas, portanto, inválidas para serem utilizadas como prova no processo criminal, tendo em vista a aplicação do princípio *Fruis of the poison tree*, o qual determina que a prova ilícita contamina os outros elementos obtidos através dela no processo. mesmo que a interceptação tenha sido realizada depois da lei, para sua licitude, é necessário que a autorização judicial seja posterior a 25 de julho de 1996, isto por causa do princípio *tempus regit actum*, ou seja, o ato deve ser regido pela lei do seu tempo.

Assim, por mais que hajam entendimentos de que a lei 4.117/62 vigorava antes da Constituição, as interceptações realizadas sob sua égide são ilegais, caracterizando violação do direito fundamental à intimidade, quer por não ter sido recepcionada pela CF/1988, quer por ter sido o inciso XII regulado comente com o advento da lei 9.296/96.

4.6.3 Prova ilícita e prova ilegítima

Em relação à interceptação telefônica, tomar-se-á como conceito de prova a definição do prof. Calhau: a "prova", da qual se discute a licitude ou legitimidade, como o "meio"(interceptação telefônica) com que aprova se faz.

A profa. Ada Pelegrini Grinover define

“A prova ilícita viola normas de natureza material (penal ou constitucional); a prova ilegítima conflita com normas de caráter processual”.⁷¹

⁷¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Liberdades públicas e processo penal - As interceptações telefônicas*, p.126.

Para Alexandre de Moraes,

as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto,(...) as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Por controversos os entendimentos, o próprio Supremo Tribunal Federal, no momento, encontra-se dividido quanto à admissibilidade da prova ilícita:

Essa definição foi tomada pelo plenário do STF, que invertendo a antiga maioria de (6x5), adotou em relação às provas derivadas de provas ilícitas a teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que derivarem. Em conclusão, a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal entende que a prova ilícita originária contamina as demais provas decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.⁷²

Paulo Ivan da Silva Santos, leciona que

a utilização da prova ilícita em favor da defesa é aceita unanimemente, de modo que se torna dispensável listar os autores que a admitem. Neste caso, quando o réu obtém aprova de modo ilícito, entende-se que há o confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Além disso, há autores que entendem haver no caso legítima defesa, excluindo a ilicitude, de modo que a prova obtida pelo réu é lícita.⁷³

⁷² CALHAU, Lélío Braga. O direito à prova, as provas ilícitas e as novas tecnologias, Jus Navigandi, Teresina, a.4, n. 36, nov.1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=818>>. Acesso em 10 Mai 2004, p. 04.

⁷³ SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal. Jus Navigandi nº 51. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110>>. Acesso em 08 Jun 2004, p. 12.

De acordo com a jurisprudência pátria, Alexandre de Moraes diz que

somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excedentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência. Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado. (grifo nosso)

4.7. PROCEDIMENTOS - ASPECTOS PRÁTICOS

O procedimento de interceptação é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, como já dito.

Quem conduz os procedimentos operacionais no que se refere à interceptação telefônica é a autoridade policial. Somente ela, pelo *ius positum*, detém esse poder. "Não se pode confundir, no entanto, esse 'controle operacional', com o 'controle probatório' e de 'legalidade', que é de responsabilidade do Juiz".⁷⁴

A lei exige também a indicação, por parte da autoridade solicitante, os meios a serem empregados.

Urge evidenciar que tipo de aparelho ou tecnologia será utilizada; como funcionam; se serão ou não requisitados os serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º); como dar-se-á a gravação (art. 6º); de que forma será executada a captação da comunicação (art. 5º) etc.⁷⁵

⁷⁴ GOMES, L. F. Obra citada, p. 187.

⁷⁵ GOMES, L. F. Obra citada, p. 211.

Além desses requisitos mínimos, considerando-se que o Juiz terá que fundamentar sua decisão, e isso dar-se-á basicamente com apoio no pedido formulado, é essencial que dele ainda constem:

- a) quais são os indícios de autoria ou participação;
- b) quais provas existem sobre a existência do delito (materialidade);
- c) que se trata de infração punida com reclusão;
- d) descrição clara da situação objeto da investigação (base fática do pedido);
- e) indicação e, se possível, qualificação do sujeito passivo ou sujeitos passivos da medida;
- f) qual linha telefônica será interceptada;
- g) qual a duração ideal da captação (não pode exceder quinze dias).⁷⁶

Via de regra, o pedido de interceptação deve ser formulado por escrito. "Excepcionalmente o Juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente. Mas isso só se justifica, obviamente, em caso de 'urgência urgentíssima' ".⁷⁷

Então, o Juiz, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, decidirá sobre o pedido. Tal decisão deverá ser fundamentada. A fundamentação consiste "no conjunto de motivos, razões ou argumentos de fato e especialmente de direito em que se apóia uma decisão judicial".⁷⁸

⁷⁶ GOMES, L. F. *Idem*, *ibidem*.

⁷⁷ GOMES, L. F. *Obra citada*, p. 211.

⁷⁸ CERVINI, Raúl. *Alcances del secreto bancario en el Uruguay*, citado por GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*, p. 223.

No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição (art. 6º, § 1º, da lei). Fez bem o legislador em prever que a gravação será feita somente quando 'possível'. Muitas vezes não haverá essa possibilidade (por razões técnicas, *ad exemplum*). Outras vezes não será o caso; assim, quando o juiz determina apenas o controle das chamadas telefônicas (deseja-se somente saber a quem se chama, em que hora se chama etc), sem captação da comunicação. Mais precisamente é a documentação da fonte de prova.⁷⁹

O auto circunstanciado (art. 6º, § 2º), como documentação da operação técnica, é outro meio de prova (documental), porque serve para fixá-la em juízo. O auto deve conter o resumo das operações realizadas, qual foi o *modus operandi*, quanto tempo demorou, qual foi o telefone interceptado, qual foi o resultado obtido, se houve 'encontro fortuito' etc. Ele atesta a veracidade da operação realizada.⁸⁰

Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação telefônica ao juiz, acompanhado desse auto circunstanciado.

Faz-se necessário distinguir duas hipóteses: interceptação feita no curso do inquérito (ou investigação criminal) e interceptação realizada no curso de um processo.

Naquela, (...) a autoridade policial não tem a obrigação de, desde logo, encaminhar tudo ao Juiz; assim procederá quando terminar o inquérito, apensando-se o auto apartado na fase do relatório (CPP, art. 10); nesta última hipótese (interceptação feita durante a instrução penal), sim, concluída a diligência, tudo deve ser enviado ao Juiz imediatamente.⁸¹

⁷⁹ GOMES, L. F. Obra citada, p. 223.

⁸⁰ GOMES, L. F. Obra citada, *Idem*, *ibidem*.

⁸¹ GOMES, L. F. Obra citada, *Idem*, *ibidem*.

Ao juiz caberá, nos termos do § 3º, do art.6º, da referida lei, determinar a providência do art. 8º, cientificando-se o Ministério Público.

Essa providência consiste na preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições.

Note-se que a lei fala em 'preservação'. Isso significa que o sigilo já havia, por força do art.1º (segredo de justiça). Temos o seguinte, então: se a interceptação foi feita durante o inquérito (ou investigação), seu resultado fica em poder da autoridade policial, sob segredo de justiça, até se concluir o inquérito (que é sigiloso, nos termos do art.20, do CPP). Na fase do art.10, do CPP, o auto apartado é apensado ao inquérito. Chegando ao poder do Juiz, cabe agora a este 'preservar o sigilo'. Caso a interceptação tenha sido ordenada durante o processo, uma vez concluída, deve ser remetida imediatamente ao Juiz, que cuidará da preservação do sigilo⁸²

Devem ser preservadas as gravações originais, ou seja, toda a documentação da operação técnica de captação da comunicação deverão ser juntadas ao processo. Não pode a autoridade policial encaminhar ao Juiz tão somente cópias dessas gravações.

São relevantes os originais, porque, caso haja qualquer questionamento a respeito da 'autenticidade da prova, servirão para futuro exame (espectograma da voz, por exemplo, que hoje é feito com o auxílio de computadores).

O meio probatório resultante da interceptação, caso tenham sido observados os requisitos legais, é admissível em juízo. Contudo a prova obtida através da interceptação telefônica pode ser questionada no que diz respeito à autenticidade da voz. Mesmo sendo autêntica, de qualquer modo, algo diferente é o

⁸² GOMES, L. F. Obra citada, p. 223.

seu valor probante, que dependerá de apreciação do Juiz em conformidade com as demais provas acolhidas.

Conforme dispõe o art. 5º, da Lei 9.296/96, o prazo da interceptação telefônica não poderá exceder 15 (quinze) dias.

“O limite temporal que foi estabelecido faz parte da proporcionalidade em abstrato, da qual se encarregou o legislador. Toda medida restritiva de direito fundamental deve, efetivamente, ter limite. Seria um absurdo autorizar a quebra de sigilo das comunicações por prazo indeterminado”.⁸³

A interceptação telefônica poderá ser renovada também por 15 (quinze) dias, conforme dispõe o art. 5º, da lei.

“Mas para tanto se exige 'comprovação da indispensabilidade do meio de prova'. Urge, como se percebe, novo pedido, onde se demonstre a indispensabilidade da prova, é dizer, a sua necessidade, a inexistência de outros meios disponíveis (art. 2º, II)”.⁸⁴

Quantas vezes poderá ser renovada a autorização judicial que determina a interceptação telefônica? Bem expõe a divergência na doutrina, Luiz Flávio Gomes, quando diz:

Paulo Napoleão Quevedo e Clarisier Cavalcante, assim como Altamiro Lima Filho, entendem que a renovação só pode ocorrer uma vez. Em nenhuma hipótese seria possível interceptação por mais de trinta dias. Damásio E. de Jesus, Vicente Greco Filho e Antonio Scarance Fernandes adotam posicionamento diferente e afirmam que não há limite: quantas vezes forem necessárias.⁸⁵

⁸³ GOMES, L. F. *Obra citada*, p. 218.

⁸⁴ GOMES, L. F. *Idem*, *ibidem*.

⁸⁵ GOMES, L. F. *Idem*, p. 219.

Luiz Flávio Gomes, concordando com os últimos doutrinadores, conclui dizendo

a interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca de sua indispensabilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada. A lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade. É o prudente arbítrio do Juiz que está em jogo. Mais tecnicamente falando, é a proporcionalidade. No instante em que se perceber que a interceptação já não tem s Ftido, dÇsaparece a proporcionalidade. Logo, já não pode ser renovada. E se o for, é nula.⁸⁶

A expressão utilizada pelo legislador (renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova) não pode levar o intérprete a pensar que só há renovação uma única vez, mas sim, que a expressão uma vez se refere a comprovada indispensabilidade do meio de prova, ou seja, "desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Portanto, tratando-se de medida cautelar poderás ser adotada tantas vezes quantas forem necessárias.⁸⁷

É este o entendimento da maioria da doutrina, já que, na prática, constata-se que as interceptação telefônicas são renovadas quantas vezes forem necessárias até a obtenção da prova.

⁸⁶ GOMES, L. F. Obra citada, p. 219.

⁸⁷ RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). Jus Navigandi Teresina a.4, nº 41, mai.2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>. Acesso em 18 Mai 2004, p. 10.

CONCLUSÃO

O princípio do devido processo legal, orientador, que deve ser, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tem aplicação intensa na fase preliminar (em regra) da ação penal, qual seja, o inquérito policial.

A investigação criminal, prevista no art. 1º, da Lei 9.296/96, dependerá de ordem judicial e tramitará em segredo de justiça.

Em decorrência do alarmante aumento e especialização das infrações penais, crescem cada vez mais as solicitações de interceptações telefônicas, por ser um instituto eficaz para a produção de provas.

Entretanto, verifica-se que, nos casos concretos, em razão do elevado número de pedidos de interceptação telefônica, não estão sendo averiguados pelos juízes de direito, os requisitos necessários à concessão da medida, quais sejam, a real relevância da situação objeto da investigação, na qual poder-se-ia utilizar outros meios que não a interceptação telefônica; a individualização do sujeito passivo da interceptação, pois muitas vezes são requisitadas interceptações de diversos números telefônicos, demonstrando a incerteza quanto ao agente infrator.

Tal medida é exceção à regra, é meio extremo, ofensivo a direito constitucional. fundamental

Pelo exposto, tem-se que, no caso das interceptações telefônicas, não basta a simples invocação de um interesse público. Mister se faz demonstrar justa causa, subordinada a um devido processo legal.

Essa justa causa diz respeito ao princípio da proporcionalidade, orientado pela dignidade da pessoa humana, que deverá ser levado em consideração pelo juiz com maior ênfase no tocante às interceptações telefônicas.

Se por um lado a interceptação telefônica é um dos meios mais eficazes para a descoberta de crimes, por outro, é uma porta aberta para arbitrariedades e ofensas a princípios fundamentais constitucionais, ensejando, assim, um controle rigoroso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**, Brasília, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAMPOS BARROS, R.P. **Do fato típico no direito processual penal**. Revista Forense 176/26; A nulidade no processo penal. RePro 212/199; O processo penal cautelar. RePro 2/220.

CANOTILHO, J.J Gomes, **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Figueiredo. **Direito Processual Penal I**. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.

DÓRO, Tereza N. R. **Manual Prático de Processo Penal**. Campinas: Copola Livros, 1994.

FRANCO, Alberto Silva e outros. **Código de Processo Penal e sua Interpretação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**, São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre a lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas.** 2º ed., São Paulo: RT, 1978.

GRINOVER, Fernandes e Gomes Filho. **As Nulidades no Processo Penal.** São Paulo: RT, 1993.

LIMONGI, Celso Luiz. **O devido processo legal substantivo e o direito penal.**In: Revista da Escola da Magistratura, vol. 2 nº1, jan/jun, 2001.

LOPES, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência,** 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal,** de. 4 ed. ver. aum, e atual.com a Lei das interceptações telefônicas p.206/96 e a Lei de arbitragem 9.307/96, São Paulo: RT, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 1998.

RABONEZE, Ricardo. **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**. 2ª Ed., Porto Alegre: Síntese , 1999.

RUIZ. **Privacy telecommunications**. Citado por SAMPAIO, José A. Leite, **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **A escuta telefônica e os direitos fundamentais: as necessárias cautelar**". TRF 1ª Região, 1996.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua Concretização**, Curitiba, 2002.

ANEXO - LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

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.

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.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

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. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

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.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO