

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS PEREIRA GABARDO GUIMARÃES

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

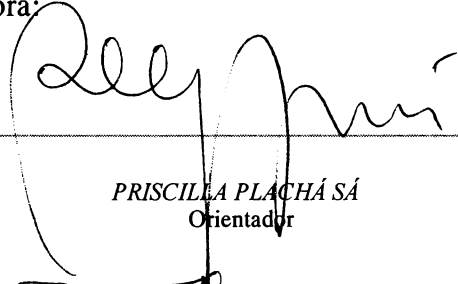
CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCAS PEREIRA GABARDO GUIMARAES

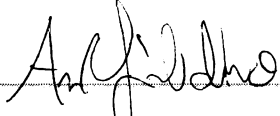
ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

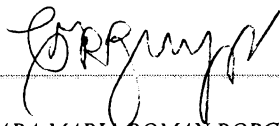


PRISCILLA PLACHÁ SÁ
Orientador

Coorientador



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Primeiro Membro



CLARA MARIA ROMAN BORGES
Segundo Membro

RESUMO

A interceptação telefônica é um dos meios de prova que mais traz divergências doutrinárias com relação aos limites de sua aplicação, face o conflito entre os valores em jogo. A eterna discussão travada entre a defesa dos direitos fundamentais e a necessidade do Estado prover a segurança aos cidadãos é o que dá tom ao quadro exposto no presente trabalho acadêmico. De um lado o abuso e desvio das finalidades provenientes da utilização da interceptação telefônica e uma legislação específica lacunosa e abstrata, e de outro, o aparelhamento de organizações criminosas que se utilizam do avanço tecnológico e do abuso protetivo dos direitos concedidos para realizar uma série de crimes e desestruturar toda uma sociedade. Eis um quadro de choque que necessita de novas ferramentas para solução das demandas jurídico-sociais, sendo que para tanto, uma melhor utilização do princípio da proporcionalidade na valoração das provas seria de salutar discussão para auxílio na prestação jurisdicional do Estado, respeitando, assim, os direitos e garantias fundamentais do cidadão e a coletividade, evitando abusos e impunidades latentes.

Palavras-chave: interceptação telefônica; direitos fundamentais; intimidade; Constituição Federal; Direito Penal do Inimigo; provas ilícitas e teoria da proporcionalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	10
2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.2. DIREITO À INTIMIDADE	12
2.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	14
3. DIREITO PENAL DO INIMIGO	18
4. PROVAS	21
4.1. CONCEITO E SENTIDO DE PROVA	21
4.2. OBJETO E DESTINATÁRIOS DA PROVA.....	22
4.3. ÔNUS DA PROVA	24
4.4. FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO.....	25
4.5. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA	27
4.6. MEIOS DE PROVA.....	28
4.6.1. Prova emprestada	28
4.6.2. Provas ilícitas	30
4.6.3. Provas ilegítimas	31
4.6.4. Provas ilícitas por derivação.....	31
5. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	344
5.1. INTRODUÇÃO.....	34
5.2. OBJETOS DO ARTIGO 5º, INCISO XII, DA CF/88 E DO ARTIGO 1º DA LEI 9.296/96	36
5.3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	38
5.3.1. EXCLUDENTES DE ILICITUDE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS .	40
5.4. SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS	40
5.5. ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI N. 9.296/96.....	42
5.5.1. Requisitos Legais Para Concessão Da Quebra Do Sigilo Telefônico.....	42
5.5.2. Legitimados Para Requerer A Quebra Do Sigilo Telefônico.....	44
5.5.3. Delimitação Do Objeto De Investigação	45
5.5.4. Prazo Para A Interceptação Telefônica	46
5.5.5. Medida <i>Inaudita Altera Pars</i>	48
5.5.6. Procedimento	48
5.5.7. Recursos Cabíveis.....	49

5.5.8. Implicações Da Lei 9.296/96 E Exercício Da Advocacia	50
5.6. ASPECTOS PENAIIS DA LEI 9.296/96	51
5.6.1. Objeto jurídico	51
5.6.2. Sujeitos do crime	51
5.6.3. Elemento subjetivo	52
5.6.4. Tipo objetivo	52
5.6.5. Consumação e tentativa	52
5.7. CRÍTICAS À LEI 9.296/96	53
6. ABUSO E DESVIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	56
7. TRANSFORMAÇÃO LEGISLATIVA	59
7.1. PROJETOS DE LEI	599
7.1.1. Projeto de lei 3514/1989	59
7.1.2. Projeto de lei 1443/2007 e apensos	61
7.2. PACTO REPUBLICANO	63
8. CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente estudo é a abordagem sistemática, acerca das interceptações telefônicas e suas especificidades, tendo em vista que é meio de prova de suma importância para elucidação de certos tipos de crime e por sempre flertar com questões tormentosas e permeadas por intensos conflitos jurídicos e principiológicos, notadamente em relação às dificuldades das adequações existentes na aplicação do binômio segurança social-liberdade individual.

Nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, tutelou os direitos fundamentais do cidadão, dentre os quais a intimidade e privacidade das pessoas. Tais direitos fundamentais são os alicerces das relações sociais entre os indivíduos e entre eles e o Estado. Porém, por mais importantes que sejam, para manutenção do convívio social, o próprio ordenamento jurídico traz limitações à intimidade em casos específicos, todavia, sempre justificado por fatores de exceção proporcionais, com a afetação de menor intensidade entre os valores em conflito. Isso se deve ao fato de que as liberdades públicas não podem ensejar numa proteção indevida para o cometimento de abusos por parte de seu possuidor.

De início, o presente trabalho pretende analisar os contornos gerais dos direitos fundamentais, para depois tratar do estudo individualizado do direito à intimidade, explorando conceitos e fazendo uma remissão histórica, passando em seguida pela análise do Direito Penal do Inimigo, estabelecendo assim, as premissas para o tema central almejado, que é a interceptação telefônica.

Nesse quadro, vislumbra-se a importância da interceptação telefônica, especialmente como meio de tornar eficiente a investigação e comprovação da ocorrência de delito. Ora, se o principal fim do ordenamento jurídico é criar regras para manutenção do Estado, da sociedade e seus indivíduos, nada mais óbvio que sejam fornecidos, pelo mesmo ordenamento, aparatos eficazes e apropriados para tal desiderato, pois, segundo Oswaldo Trigueiro do Valle Filho o Estado passa a ter uma dupla finalidade: a de garantir a segurança da coletividade e, ao mesmo tempo, imprimir comandos de

proteção junto ao cidadão, pois que este, propulsor e idealizador da natureza estatal, assume sempre uma posição exigente ante as possíveis investidas do segmento organizado¹.

Por isso, o enfoque da interceptação telefônica é o de prova integrada ao processo com finalidade de aplicação do Direito Penal, pois segundo Aury Lopes Junior, “o Direito Penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso, de modo que a relação e interação entre Direito e Processo é patente”.²

Isso considerando que a função do Direito penal para Cezar Roberto Bitencourt é de proteção aos bens jurídicos fundamentais, trazendo a ressalva de que

O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.³

Portanto, o assunto se torna relevante justamente por se situar numa zona obscura de conflitos entre o direito à intimidade e a necessidade da sociedade poder sustentar seu funcionamento pela aplicação da pena e obtenção de suas finalidades. Por isso, será também, de grande valia, uma análise individualizada dos direitos fundamentais e também do Direito Penal do Inimigo e outras teorias de posturas tendentes à supressão ou limitação das garantias processuais, como componentes desse conflito que delimitam o objeto em estudo.

Será tratada, também, a evolução histórica, com as variantes de formação legislativa e política no Brasil, deste meio de prova, bem como, apresentados os conceitos de interceptação telefônica, suas modalidades e demais questões controversas.

¹VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A Ilícitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2004. p. 61.

²LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamento da Instrumentalidade Constitucional**. 4.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.06.

³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 06.

Por fim, será realizada uma crítica acerca da legislação atual e a relativização das exigências legais para o uso das interceptações telefônicas, seguindo uma linha paralela com os recentes projetos de lei sobre o assunto, incluindo uma reflexão sobre a possibilidade de utilização de interceptações telefônicas ilícitas, utilizando o princípio da proporcionalidade como norte dessa exceção não acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de resguardar outros valores constitucionalmente importantes, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Antes de adentrar no campo da interceptação telefônica, se faz interessante uma breve abordagem sobre os alicerces básicos de toda estrutura em estudo.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

As ações de cunho investigatório, realizadas pelos órgãos responsáveis pela apuração de crimes e pela individualização de seus autores, colidem necessariamente com a estrutura finalística das constituições democráticas modernas, direcionadas a dar proteção aos direitos fundamentais dos seus destinatários.

Ainda, segundo José Afonso da Silva

Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente á autoridades e detentores de poder.⁴

Logo, os direitos fundamentais possuem função limitadora da ação estatal e com a transformação gradual da sociedade e do papel do Estado, também se desenvolveram e foram ampliados. Tal noção fica mais clara com a já clássica divisão dos direitos fundamentais em gerações, as quais não se excluem, mas pelo contrário, complementam-se:

a) Primeira geração: tratam das liberdades individuais frente ao Estado e direitos políticos. Surgiram com a Carta Magna de 1215 assinada pelo rei “João Sem Terra”;

b) Segunda geração: correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos. Possuem origem na Revolução Industrial européia e em decorrência das péssimas condições de trabalho;

⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 196.

c) Terceira geração: há uma maior preocupação com os interesses coletivos de toda a sociedade em função das mudanças políticas e econômicas, bem como avanço tecnológico, tornando necessária a proteção do consumidor e preservação do meio ambiente;

d) Quarta geração: em virtude das evoluções no campo da manipulação do patrimônio genético, objetiva proteger a existência humana;

e) Quinta geração: trata-se do direito à paz. Zulmar Fachin⁵ declara tratarem-se de direitos fundamentais “que dizem respeito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, e compreende o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado”.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são dotados de várias características, concebidas frente a concepções jusnaturalistas que as reputam como sendo inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis, incluindo, ainda, a essência de serem definidos por características de historicidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade.⁶

É de se ressaltar que os direitos fundamentais se encontram, em grande parte, inseridos na Constituição da República. Embora a maioria esteja prevista no artigo 5º do Texto Maior, o rol de direitos fundamentais não se exaure ali, pois se encontra disseminado por todo o corpo da Constituição.

Inclusive, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o §3º no artigo 5º, foi ampliado o rol dos direitos fundamentais, já que se passou a permitir a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos, os quais, se aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, passam a ter força normativa equivalente das emendas constitucionais.

Nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Isso significa que tais normas devem incidir diretamente nas relações jurídicas existentes, seja regulando-as ou impedindo condutas contrárias ao preceituado. Aliás, esses direitos fundamentais, além da aplicação nas relações entre os indivíduos e o Estado, também atuam nas relações privadas, por força da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

⁵FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 56.

⁶SILVA, José Afonso da . **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 181.

Nessa vereda, destaca-se também que os direitos fundamentais são garantidos aos brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros residentes no Brasil, conforme dispõe o artigo 5º da Constituição Federal.

Pois bem, traçadas as noções básicas dos direitos fundamentais, passaremos a analisar o principal direito fundamental que se relaciona com o tema da interceptação telefônica, qual seja, o direito à intimidade.

2.2. DIREITO À INTIMIDADE

A disposição mais específica sobre o tema, incluída no campo das garantias fundamentais, é a do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal brasileira:

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

Antes de compreendermos no que consiste o direito à intimidade, é mister ser definido o significado de intimidade. Na visão de José Afonso da Silva

O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Está é uma terminologia do direito anglo-americano (right of privacy), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas.⁷

Ou seja, a distinção entre os conceitos de intimidade e privacidade, referindo-se aquela a um campo mais secreto da individualidade pessoal, e a última como uma fonte externa de se viver em locais mais isolados, longe de estranhos.

Para Ada Pellegrini Grinover, o direito à intimidade é um direito fundamental constitucional e de personalidade, na órbita civil, estando ligado diretamente à essência do indivíduo:

O Direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo

⁷ ibidem. p. 206.

(epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade. O direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; por outro lado, o direito à reserva ou o direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador.⁸

Paulo José da Costa Junior preconiza que a intimidade é:

A necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada dos olhares ávidos. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só.⁹

A despeito dos conceitos então explorados, verifica-se que há certa dificuldade em estabelecer precisamente o que significa a intimidade. Inclusive, percebe-se que nem o legislador criou lei definindo a intimidade, cabendo ao operador do direito extrair o seu significado através da análise de vários fatores, dentre eles costumes, história, contexto social e etc.

Mas resta claro que qualquer definição chega num ponto comum: a intimidade é o direito de estar só e de evitar que outros tomem conhecimento de dados e fatos estritamente pessoais.

Essa essência da intimidade possui amplo reflexo no campo probatório no processo penal, de tal sorte que, por exemplo, uma eventual interceptação telefônica fatalmente trará em seu âmago a discussão sobre a predominância da proteção ou da inobservância desse direito fundamental.

⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 127.

⁹COSTA JUNIOR, Paulo José. **O Direito de Estar Só: Tutela da Intimidade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 42.

2.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não há previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição da República. Não obstante, ele é muito utilizado para solução de conflitos principiológicos ou adequada aplicação de certo direito fundamental.

É certo que o próprio Supremo Tribunal Federal¹⁰ já o reconheceu em diversos julgados como tendo suporte no princípio do devido processo legal, este sim com previsão constitucional.

O princípio da proporcionalidade surgiu inicialmente no âmbito do direito administrativo, como meio de limitar os mandos e desmandos das autoridades administrativas no exercício do poder de polícia. Aos poucos foi sendo disseminado por todos os ramos da ciência jurídica.

Neste aspecto José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra afirma:

Coube à Alemanha, após beber na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais.¹¹

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade tem uso quando se têm direitos ou valores jurídicos, sejam públicos ou privados, individuais ou coletivos, em conflito, de modo que se estabeleça a necessária ponderação entre eles analisando-se as circunstâncias fáticas e demais aspectos relevantes.

Proporcionalidade confunde-se com a origem do Estado Democrático de Direito, de onde advém o propósito de se “manter o equilíbrio entre os diversos

¹⁰“A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da proporcionalidade às normas constitucionais se articulam num sistema cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a algum direito por ela conferido, no caso, o direito à intimidade” (RHC 7.226/SP, Rel. Min. Edson Vidigal)”

¹¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 278.

poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e àqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos direitos inalienáveis.”¹²

Luiz Francisco Torquato Avolio assim leciona:

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.¹³

Nas palavras de Maria Silvia Zanella Di Pietro

o princípio não limita, mas, ao contrário, assegura o exercício dos direitos individuais, condicionando-os ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.¹⁴

Na visão de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da proporcionalidade precisa, ainda, ter uma acepção diferente da visão primitiva, como quando aplicada pela lei de talão, necessitando, assim, de um controle a ser utilizado pelo princípio da razoabilidade, se atentando nas circunstâncias do caso em concreto, balanceando se não seria possível a adoção de outras medidas ou a utilização de meios diversos que não afetassem em menor escala de gravidade o cidadão.¹⁵

Em resumo, o princípio da razoabilidade tem por escopo aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na prática de um ato, de modo a evitar restrições inadequadas, desnecessárias ou abusivas.

O princípio da proporcionalidade, em consequência dos avanços doutrinários, passou a ser dividido em três subprincípios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

¹²AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

¹³AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 69.

¹⁴DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 99.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

Sobre esses subprincípios, Robert Alexy aduz:

No Direito Constitucional Alemão, o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁶

Mas há forte crítica indicando que o uso da proporcionalidade leva a um subjetivismo na escolha dos valores que terão precedência, sendo temerária a opção a ser utilizada pelo aplicador do direito. Para superação dessa possível tendência de escolha valorada em quesitos meramente pessoais, Antônio Scarance Fernandes propõe:

o risco do subjetivismo do juiz na análise dos princípios em conflito deve ser superado exatamente pela fixação de critérios de prevalência, a serem construídos pela jurisprudência e pela doutrina. É relevante, nesse aspecto, o que Alexy denomina de "relação de precedência condicionada", ou seja a afirmação e constatação de que, em face de determinadas condições, esta ou aquela norma terá precedência. Salienta que, com a evolução dos julgados, os tribunais formariam uma pauta de valores, com regras de precedência de bens.¹⁷

Destarte, o subprincípio da adequação significa que a medida adotada deve ser eficaz e apropriada para o fim que se pretende, numa análise de pertinência entre o meio e o fim.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade demanda que a medida utilizada seja aquela que onerar menos os cidadãos envolvidos ou à coletividade, ou seja, que suprima em menor dimensão os direitos fundamentais envolvidos.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito seria a medida da justeza da necessidade e adequação relacionada com o caso concreto.

É interessante ressaltar a posição de Aury Lopes Junior, pois o mesmo somente admite a utilização da proporcionalidade para beneficiar o réu, já que:

¹⁶ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ed Ratio Juris, vol. 16, nº 2, 2003. p. 136.

¹⁷FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 61.

a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade pro reo, onde a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência) (...) é o mais adequado ao processo penal e ao conteúdo de instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.¹⁸

No entanto, Eugênio Pacelli de Oliveira diz “quando não se puder falar no incremento ou estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores de prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade”.¹⁹

Apenas a título de curiosidade, o mesmo autor diz que na França há lei expressa permitindo o uso de prova ilícita pelo critério da proporcionalidade, porém, há previsão conjunta de punição do agente responsável por sua produção.

Não muito distante disto, existe também a chamada teoria da ponderação, criada por Robert Alexy, para solução de conflito entre direitos fundamentais. Por esta técnica de ponderação, em casos de difícil solução, os princípios e direitos fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador de Direito, para se buscar a melhor solução.

Para superação da possibilidade de abstração que possa interferir na utilização da técnica analisada, evitando decisões absurdas, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem o uso de uma teoria mista, assim entendendo

Haverá que recorrer porventura a uma teoria mista, a um tempo absoluta e relativa: relativa, porque a própria delimitação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tem de articular-se com a necessidade de articulação com a necessidade de proteção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos; absoluta, porque, em última análise, para não existir aniquilação do núcleo essencial, é necessário que haja sempre um resto substancial de direito, liberdade e garantia, que assegure sua utilidade constitucional.²⁰

¹⁸LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria Geral da Prova no Processo Penal**. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 565-569.

¹⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p.315.

²⁰CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Almedina 1993. p. 154.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO

A análise deste tópico se justifica pela sua influência no âmbito das provas do processo penal, pois o Direito Penal do Inimigo possui função legitimadora da inobservância de certos direitos fundamentais materiais e processuais, ou seja, cria uma sistemática que suprime as garantias e direitos fundamentais em situações excepcionais.

Tal teoria foi criada por Günther Jakobs, tomado pela ideia de que a norma jurídica é importante fator de proteção social, e o Direito Penal somente é verdadeiramente efetivo quando flexibilizadas as garantias até então consideradas absolutas.

Em sua primeira apresentação sobre o tema, no ano de 1985, na Jornada de Professores de Direito Penal de Frankfurt, Günther Jakobs argumentou que:

Como arremate final de minhas idéias – que quiçá – soam como velho liberalismo – em relação ao objetivo de determinar os limites de efetividade do Estado, me permito fazer uma observação sobre o oposto do Direito Penal do Cidadão, isto é, o Direito Penal do Inimigo. Com isso não pretendo relativizar todas afirmações anteriores por meio da recomendação de que o Estado não se atenha aos vínculos referidos quando lhe pareça oportuno. Os vínculos são constitutivos para o Estado de liberdades, quem os quebra, o abandona. A existência do Direito Penal do Inimigo não é, portanto, uma mostra da força do Estado de liberdades, mas um sinal de que este não existe. Desde então resultam situações imagináveis, que quiçá ocorram atualmente, nas quais as normas que são irrenunciáveis para um Estado de liberdades perdem a sua vigência se se espera para aplicar a repressão até que o autor saia do seu âmbito privado. Mas também, nestes casos o Direito Penal do Inimigo somente resulta legitimado como um Direito Penal em estado de necessidade, que seria válido na medida em que fosse excepcional.²¹

Nesse quadro, apresentou o autor, quatro critérios para definir o Direito Penal do Inimigo: 1º ampla antecipação da punibilidade; 2º falta de redução proporcional da pena a esta antecipação; 3º criação de uma legislação combativa e 4º supressão de garantias processuais penais.

Nos dizeres do referido doutrinador:

(...) em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é

²¹JACKOBS, Günther. *KriminalisierungimVorfeldeinerRechtsguyverletzung*, ZStW 97 (1985), p. 83 e s., apud André Estefam. *Direito Penal*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de- como é o habitual- retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas : especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.²²

No ano de 2003, o mencionado autor escreveu um texto publicado na Alemanha, retomando o assunto, afirmando que:

Aquele que discrepa por princípio não oferece nenhuma garantia de comportamento pessoal; por isso não pode ser combatido como cidadão, mas como inimigo. Esta guerra se leva a cabo como um direito legítimo dos cidadãos, isto é, com seu direito à segurança; a mesma não é, contudo, direito ao apenado, diferentemente do que ocorre com a pena, o inimigo é excluído.²³

Portanto, para o Direito Penal do Inimigo, não se deve reconhecer direitos para aquele indivíduo que abusar das garantias fundamentais justamente para praticar condutas que o ordenamento quer evitar. Logo, o inimigo é aquele que afronta a estrutura do Estado, desestabilizando a ordem reinante e descumprindo ordens destinadas a manter o convívio social, sendo que a transição de cidadão para inimigo é verificada, segundo Jesus Maria Silva Sánchez, “mediante a reincidência, habitualidade, delinqüência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas”.²⁴

Na visão de Juarez Cirino dos Santos o Direito Penal do Inimigo seria caracterizado por uma visão antagônica de incidência processual aos inimigos e cidadão, com diferentes princípios e garantias processuais conforme nos ensina:

o sistema processual penal seria cindido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado. O duplo sistema de imputação de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o inimigo não precisa ter forma

²² JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Günter Jakobs**. Manuel Cancio Meliá; Organização e tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

²³ JAKOBS, Gunther, Burgerstrafrecht, HRRS, março de 2004, p. 88 e s., apud André Estefam. **Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

²⁴ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. P. 149.

de Justiça (justizförmig), porque não é regido pelo processo legal devido; ao contrário, o processo contra o inimigo deve ter forma de guerra (kriegsförmig): é preciso destruir o terrorismo, ou, pelo menos, matar o terrorista, ainda que implique a morte de terceiros inocentes, segundo JAKOBS.²⁵

Para enriquecer o tema, merecem menção as duras críticas contra o Direito Penal do Inimigo, feitas por Eugenio Raúl Zaffaroni, de que esta visão é retrógrada e cria um Estado Policial que apenas satisfaz à elite dominante, pela opressão dos marginalizados, pois o que basta é achar um culpado para as mazelas sociais, cujos efeitos nocivos são constatados:

ao se permitir a investigação das comunicações privadas para individualizar os inimigos, a intimidade de todos os habitantes será afetada, pois esta investigação incluirá as comunicações de milhares de pessoas que não são inimigos. Ao se limitarem as garantias processuais, mediante a falta de comunicações, restrições ao direito de defesa, prisões preventivas prolongadas, presunções, admissão de provas extraordinárias, testemunhas sem rosto, magistrados e acusadores anônimos, imputações de co-processados, de arrependidos, de espíões etc., todos os cidadãos serão colocados sob o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos.²⁶

No mesmo sentido, Luis GRECO apresenta crítica argumentando que:

o conceito do direito penal do inimigo significaria uma volta às idéias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhante a certas concepções de Mezger, ou ao pensamento com base nas categorias de amigo/inimigo, de Carl Schmitt; a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito; ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ele representaria a pior forma de terrorismo estatal, ela configuraria um inadmissível direito penal de autor.²⁷

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**, p. 12. Disponível na Internet: <http://www.icpcjur.com.br>. Acesso em: 07 dez. 2011.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 117.

²⁷ GRECO, Luis. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. p. 223.

4. PROVAS

4.1. CONCEITO E SENTIDO DE PROVA

Tendo em vista que o tema da interceptação telefônica é de relação intrínseca com as provas, uma vez que a finalidade da interceptação é atestar algum fato, faz-se necessária breve digressão sobre o assunto em seus principais aspectos.

A prova, numa análise superficial, é a demonstração da verdade de uma proposição acerca de atos, fatos ou circunstâncias. Porém, juridicamente, a prova pode ser identificada em três acepções: a) ato de provar a alegação feita; b) meio de prova consistente na técnica para se extrair a prova de onde ela tem origem; c) por fim, o resultado da atividade instrutória com o fim de convencimento judicial.

Nessa vereda, percebe-se que o fim da prova é a busca da verdade. Porém, essa verdade não é absoluta. A verdade absoluta é um dogma inatingível, logo, a intenção da parte é convencer o julgador de que a sua verdade alegada é a correta em detrimento da verdade apresentada pela parte contrária.

Destaca-se que Aury Lopes Junior vislumbra que no processo penal, somente deve ser legitimada a verdade formal e processual, pois

o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o interesse público (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários, com a busca de uma verdade a qualquer custo.²⁸

Assim, o autor considera a verdade como um mito, pois o juiz não presenciou os fatos, que são históricos e de passado, ocorrendo na verdade uma atividade recognitiva induzida pelas provas produzidas pelas partes, com o fim de formar uma captura psíquica, ou seja, a crença de que determinada prova seja de valor mais tangível.

²⁸LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamento da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 272-273.

Portanto, podemos conceituar prova como o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinadas pelo magistrado, com o fim de formação do convencimento judicial para decisão da causa. Guilherme de Souza Nucci ensina que o termo prova tem origem no latim *probatio*, que significa, ensaio, exame, argumentação, confirmação.²⁹

Além disso, nos dizeres de Júlio Fabbrini Mirabete, provar é:

provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo.³⁰

4.2. OBJETO E DESTINATÁRIOS DA PROVA

O objeto da prova são os fatos da causa, que chegam ao conhecimento humano para sua avaliação de várias maneiras, gerando certezas, dúvidas e desconfiança. A recepção pelo espírito humano pela informação que a prova traz se dá por indução, dedução, intuição e pela observação.

Em entendimento ao campo de incidência probatório, Irajá Pereira Messias afirma

E os fatos sobre os quais verse o interesse da prova podem gerar estados diferentes de convicção, que medeiam entre a ignorância total do fato, o estado de dúvida e a certeza, variando conforme a eficácia da prova examinada, e o poder de convencimento da prova, que representa seu valor intrínseco. E tanto maior valor terá, quanto mais poder de convencimento tiver.³¹

São compreendidos no objeto de prova todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam comprovação.

Não obstante, determinados fatos são excluídos da necessidade de comprovação. São eles:

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 388.

³⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 249.

³¹MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 46.

a) Fatos axiomáticos: aqueles considerados evidentes, com grau de certeza irrefutável. Exemplo: cadáver encontrado em putrefação dispensa prova da morte.

b) Fatos notórios: são os que integram a noção cultural de cada indivíduo, sendo conhecido ou que, de acordo com a cultura média do homem, poderia ser conhecido. Exemplo: o telefone para contato com a Polícia Militar é o 190.

c) Presunções legais: o legislador se antecipa às partes e faz presumir existência de determinados fatos. Assim, quem alegar esses fatos, não precisa prová-los. No entanto, tal presunção, se for relativa, pode ser afastada por prova produzida pela parte contrária. Exemplo: presunção absoluta de que o menor de 18 é penalmente inimputável.

d) Fatos inúteis: são os irrelevantes para o julgamento da causa, pois não influenciam o substrato principal da causa. Exemplo: descobrir qual a comida preferida do acusado.

e) Fatos incontroversos: são considerados incontroversos os fatos não refutados pela parte. No processo civil, salvo com relação aos direitos indisponíveis, os fatos não impugnados são considerados incontroversos e independem de prova. No entanto, no processo penal, isso não ocorre em função da busca pela verdade material. Exemplo: embora o réu tenha confessado, o juiz pode, de ofício, determinar a produção de provas para esclarecer o fato.

Portanto, essencialmente são objeto de prova os fatos que as partes pretendem demonstrar e que geram dúvida no magistrado. Não se olvide que, excepcionalmente, se exige da parte, que alegar, a comprovação da vigência de norma internacional e estadual, municipal ou consuetudinária, nos termos do artigo 337 do Código de Processo Civil,

Levando-se em conta que a finalidade da prova é convencer o juiz, é cabível asseverar que ele é o principal destinatário da mesma. Porém, as partes também podem ser consideradas destinatárias, já que também precisam se convencer da verdade e assim aceitar a decisão.

4.3. ÔNUS DA PROVA

Ônus significa carga, fardo, peso, encargo. Assim, o ônus da prova é o encargo de provar. Na visão de Afrânio Silva Jardim ônus probandi

é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal.³²

É interessante destacar que ônus não se confunde com dever. O dever é uma obrigação, para qual, o descumprimento acarreta em uma sanção. Já o ônus, é um imperativo de próprio interesse, ou seja, uma liberalidade que se exercida poderá trazer resultado favorável a quem tem o ônus, mas, se não for exercida não lhe acarreta nenhuma sanção ou prejuízo direto, embora possa influenciar em decisão desfavorável a quem não exerça o ônus.

Pois bem, como regra no direito processual penal, o ônus da prova para a acusação são os fatos constitutivos da pretensão punitiva, englobando a tipicidade da conduta, autoria, materialidade, dolo ou culpa etc.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira:

cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.³³

Por sua vez, é ônus da defesa, a comprovação dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão punitiva estatal, ou seja, inexistência material do fato, atipicidade, excludente da ilicitude, causas extintivas de punibilidade etc.

Cabe mencionar a ressalva feita por Aury Lopes Junior de que “tanto pela regra do ônus da prova, quanto pela existência de presunção de inocência, se o réu

³²JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal, estudos e pareceres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 154.

³³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 283.

aduzir uma causa excludente da ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe, através de prova positiva”.³⁴

Porém, nos parece equivocada essa visão, já que inviabilizaria qualquer acusação feita, posto que seja muito difícil se provar um fato negativo por quem não o alegou, ou seja, atestar que o mesmo não ocorreu por força de afirmação da parte contrária.

Logo, parece mais lógica a análise de que quando a alegação de excludente de ilicitude for alegada pelo réu e não for comprovada pelo órgão de acusação não poderá haver absolvição direta (para a absolvição qualificada, reconhecendo a respectiva excludente alegada, deverá, aí sim, promover os meios probatórios aptos ao convencimento judicial), também não poderá o réu ser condenado quando existirem dúvidas sobre pontos relevantes por parte do magistrado que indiquem a participação delitiva e como ela se desenvolveu. Resta, assim, nesses casos, que a via mais adequada seria a absolvição por insuficiência de provas, em conformidade com o princípio do *in dubio pro reo*.

Registre-se que a autoincriminação não é exigível no processo penal, de modo que, o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal vedação decorre do brocardo “*nemotenetur se detegere*”. Destarte, mesmo que caiba ônus à acusação de provar o fato, o réu pode se recusar a responder perguntas em audiência, por exemplo, a fim de não se incriminar.

4.4. FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho são cinco as fases do procedimento probatório no processo penal. Essa divisão em fases, feita pela doutrina, é de deveras importância para identificação da via de impugnação correta, contra decisão que deferir ou não o pleito probatório.

Em primeiro momento, há a fase do direito à investigação probatória, fazendo com que as partes possam desde a fase pré-processual requisitar a antecipação de provas.

³⁴LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamento da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 190.

Posteriormente, há a fase da proposição, na qual as partes requerem ao julgador a produção das provas ou admissão das já produzidas. Ocorre tanto na apresentação da peça acusatória ou na resposta à acusação.

Em seguida, ocorre a análise da admissão ou não das proposições apresentadas pelas partes, que, em primeiro momento, só podem ser indeferidas se forem impertinentes ao processo, necessitando de devida fundamentação pela autoridade julgadora. Destaca-se que, da decisão que indeferir a prova, pode se cogitar o manejo de correição parcial, *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Sequencialmente, passa-se ao momento de produção da prova, que é a prática de atos tendentes a trazer para dentro do processo as provas propostas pelas partes e admitidas.

Por fim, ocorre a valoração da prova, geralmente quando da prolação da sentença, quando o juiz utilizando-se do seu livre convencimento, apreciará todas as provas produzidas e conferindo o peso que considerar devido.

Complementando a lógica probatória, afirma que em decorrência de direitos outros contidos na lógica do processo, o direito à prova às partes irá consubstanciar, ainda, no direito a requerer a produção da prova e que o juiz decida sobre tal pedido e, se deferido, que a mesma seja realizada, tomando-se todas as providências à sua produção, exigindo-se, ainda, a participação da parte solicitante e com a participação do magistrado que concedeu o pleito. Ainda, as partes têm direito que a produção da prova seja feita em respeito ao princípio do contraditório, manifestando-se a seu respeito e consequências advindas da sua avaliação pelo julgador.³⁵

Cabe ressaltar que o juiz, no processo penal, tem poderes instrutórios amplos quando visarem à busca da verdade dos fatos. Logo, pode o magistrado de ofício, determinar a produção de provas, mesmo que não requeridas pelas partes. Guilherme de Souza Nucci argumenta que:

a atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso.³⁶

³⁵GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 85-89.

³⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 394.

O artigo 156 do Código de Processo Penal permite ao juiz, de ofício, agir de tal forma para dirimir dúvidas sobre qualquer ponto relevante no curso da instrução, e, também, inclusive, determinando a produção de provas urgentes e relevantes, antes mesmo de iniciada a ação penal.

Cabe ressaltar que alguns doutrinadores entendem que a iniciativa probatória do juiz é limitada, como argumenta Eugênio Pacelli de Oliveira, quando diz que somente pode determinar a produção de provas quando “se admitir a dúvida do juiz apenas sobre a prova produzida, e não sobre a insuficiência ou ausência de atividade persecutória”.³⁷

4.5. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Existem vários sistemas de apreciação das provas, que foram evoluindo de acordo com o desenvolvimento cultural da humanidade. No entanto, basicamente três sistemas possuem maior relevância.

Pelo sistema da íntima convicção, a decisão da autoridade julgadora não necessita ser motivada. Com efeito, o juiz decide sem a necessidade de exteriorizar as razões de sua convicção. Ele prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto.

De outra quadra, o sistema da prova tarifada, a lei acaba por valorar cada prova previamente, não cabendo ao juiz decidir contra esse critério fixado pelo legislador. É sistema excepcionalmente previsto no Código de Processo Penal, como no caso do artigo 62, que exige a certidão de óbito do réu para que ocorra a extinção da punibilidade e nenhuma outra prova poderá supri-la.

Enfim, há o sistema da livre convencimento ou persuasão racional, o qual é adotado em boa parte do processo penal, significando que é dado ao juiz decidir de acordo com seu convencimento, porém, devendo fundamentá-lo nos autos e de acordo com as provas produzidas nestes. Ressalva-se que o artigo 156 do Código de Processo Penal, veda ao juiz, fundamentar sua decisão com base em prova

³⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p.285.

produzida exclusivamente na fase de investigação, exceto com relação às irrepetíveis e antecipadas por urgência.

Portanto, o processo penal brasileiro, sustenta-se, em regra, no sistema do livre convencimento. Não obstante, existem dentro do próprio Código de Processo Penal, disposições que ora limitam ou vinculam o juiz na análise da prova, consubstanciando o sistema de prova tarifada, bem como, admite o convencimento sem necessidade de motivação, no caso dos jurados do Tribunal do Júri.

4.6. MEIOS DE PROVA

A prova se faz por meios adequados que variam de acordo com a natureza do ato, podendo, então, um fato ser provado por vários meios.

Distinguem-se os meios das fontes de prova. O meio é a técnica desenvolvida para se extrair a prova de onde ela brota. Já a fonte é de onde se retira a prova, como coisas, pessoas e fenômenos.

Portanto, os meios de prova são “todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”³⁸. Esses meios podem ser lícitos, admitidos pelo ordenamento jurídico, ou ilícitos, contrários ao ordenamento. Obviamente que somente os meios lícitos, em princípio, devem ser aceitos pelo magistrado.

4.6.1. Prova emprestada

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por qualquer meio, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele. Assim, aproveita-se a atividade probatória anteriormente desenvolvida.

³⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 389.

Porém, para que seja admitida, é imprescindível que na produção da prova a ser emprestada tenha sido observado o contraditório e envolvam as mesmas partes.

Nesse sentido, assevera Guilherme de Souza Nucci, que a prova emprestada:

é aquela produzida em outro processo, através da reprodução documental juntada ao processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal.³⁹

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, a prova para ser validada deve passar pelo crivo das partes, e é certo que uma prova valorada num processo e emprestada a outro não pode ter menor valor, necessitando, sempre, sua passagem pelos princípios do contraditório, exigível, pois, seu desrespeito à análise das partes ensejaria invalidade da prova emprestada.⁴⁰

No tocante à interceptação telefônica feita em processo penal e prova emprestada, Irajá Pereira Messias, diz não ser admissível sua utilização probatória na área civil, tendo em vista que a lei disciplinadora limita seu uso apenas à área de investigação criminal ou instrução processual penal.⁴¹

Por outro lado, Antônio Scarance Fernandes versa sobre a possibilidade do uso de prova emprestada em outras áreas do direito, tendo em vista a lesão já ocorrida no direito fundamental do investigado. Nas palavras do autor:

Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional.⁴²

³⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 390.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. **Processo Penal**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 228

⁴¹ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. Campinas: Ed. Bookseller. 2001. p. 197.

⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 111.

4.6.2. Provas ilícitas

São as provas obtidas mediante violação das normas constitucionais. Incluem-se também as provas que ofendam normas legais diretamente e normas constitucionais indiretamente. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, veda a admissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos.

O artigo 157 do Código de Processo Penal estabelece que as provas ilícitas deverão ser desentranhas dos autos e, uma vez preclusa essa decisão de desentranhamento, a prova será inutilizada.

Mas, essa inadmissibilidade da prova ilícita não é absoluta, eis que, conforme assevera Edilson Mougenot Bonfim a convalidação da prova ilícita tem sido admitida pelos juízes, valendo-se do uso do princípio da proporcionalidade:

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotada como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo.⁴³

O uso do princípio da proporcionalidade seria um dos caminhos mais úteis a dar uma resposta condizente aos casos concretos complexos no que se relaciona ao conflito dos valores em jogo, especificamente os direitos e garantias do investigado/acusado e os bens jurídicos lesados e, em tese, provados por prova ilícita. Nesse sentido proposto, aduz Paulo Rangel:

Tenta equilibrar as posições antagônicas de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, quando coexista outro interesse, como, v. g., a gravidade de certos delitos ou a maior necessidade da repressão estatal, ou mesmo se determinada prova for privilegiada naquele processo, poderia ser admitida a prova obtida ilicitamente no processo. Deve-se considerar, segundo a teoria da proporcionalidade, que, em eventual conflito (mesmo aparente) entre garantias individuais, impõe-se a prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso em concreto. Boa parte da doutrina, porém, considera ser inadmissível qualquer violação de direitos individuais, sendo que, caso contrário, só existiriam direitos fundamentais protegidos em delitos de menor gravidade, havendo uma intolerável

⁴³ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 309.

discricionariedade, dando azo ao arbítrio policial, violando sobretudo o princípio da inocência.⁴⁴

Eugênio Pacelli de Oliveira aduz que “na realidade, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas oferece inúmeros desdobramentos, não só no âmbito da prova, como no campo da própria concepção do Direito, que haverá de revelar o intérprete, por ocasião da tarefa hermenêutica”.⁴⁵

4.6.3. Provas ilegítimas

Consistem em provas obtidas com a violação de regras de natureza eminentemente processual. Dessa forma, a prova pode ferir norma processual de produção da prova, sem que isso signifique ofensa constitucional.

Como exemplo temos a realização de perícia realizada por um perito não oficial, em afronta ao procedimento presente na regra geral do artigo 159,§1º, do CPP, que prevê que a indisponibilidade de realização da prova por perito oficial, será suprida com a realização por duas pessoas idôneas, portadoras de curso superior preferencialmente na área atinente aos fatos da causa.

4.6.4. Provas ilícitas por derivação

Prova ilícita por derivação são aquelas que, embora lícitas na essência, decorrem de outra prova ilícita ou ilegítima, anteriormente produzida.

Como exemplifica Guilherme Nucci, “quando uma prova for obtida por meios ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham”.⁴⁶

⁴⁴RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 103.

⁴⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p.290.

⁴⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 89.

A doutrina costuma explicar essa espécie de prova com base na chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada”, que tem origem no preceito bíblico de que a árvore envenenada não dá origem a bons frutos.

Essa teoria está claramente consubstanciada no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, que prevê serem “inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira”.

De outra quadra, o §2º, do citado artigo, também prevê que fonte independente é “aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e os de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Portanto, para não ser considerada como prova ilícita por derivação, a prova deve ter origem em fonte independente, ou seja, deve decorrer de fonte diversa da prova anterior viciada. Em suma, a prova será lícita se não guardar relação de causalidade com outra prova ilícita anterior ou mesmo que assim guarde, possua outra fonte de extração que a torne lícita. Exemplo: uma testemunha de acusação é arrolada e ouvida na instrução, após ser identificada em interceptação telefônica clandestina realizada no inquérito. Essa prova é ilícita. Porém, essa ilicitude é afastada se, apesar da interceptação telefônica clandestina, outra testemunha ouvida durante o inquérito a mencionar anteriormente à instrução do processo.

Existem outras teorias que buscam tornar lícita uma prova ilícita por derivação, inobstante não estarem previstas expressamente no ordenamento jurídico, conforme aponta Denílson Feitoza:

A teoria da contaminação expurgada informa que uma prova, apesar de já estar contaminada, tem o vício expurgado em razão de situação posterior, e nisso difere da teoria da fonte independente, a qual ocorre anteriormente. Exemplo: uma testemunha de acusação é arrolada e ouvida na instrução, após ser identificada em interceptação telefônica ilícita realizada no inquérito. Essa prova é ilícita. Porém, essa ilicitude é afastada se, apesar da interceptação telefônica ilícita, outra testemunha, ouvida ao final do processo, mencionar fatos que relacionem a testemunha de acusação proveniente de prova ilícita ao caso analisado, por requerimento do Ministério Público ao juiz, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, ou seja, posteriormente à prova ilícita.

Já a teoria da descoberta inevitável, trabalha com a possibilidade de tornar lícita a prova se for demonstrado que a mesma seria produzida inevitavelmente pelos meios legais. Exemplo: policiais invadem domicílio e encontram drogas na posse dos proprietários. Porém, minutos depois, outros policiais, munidos de mandado judicial previamente expedido para busca e apreensão de substâncias entorpecentes, chegam ao local.⁴⁷

Por fim, cumpre ser destacada a teoria da proporcionalidade, que se pauta no equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses da sociedade, de forma que, não se rejeita de plano uma prova obtida por meio ilícito quando se permite a ponderação dos interesses em jogo.

De acordo com a teoria da proporcionalidade, a maioria da doutrina e jurisprudencial entende que uma prova ilícita somente poderia ser utilizada para favorecer o réu, mas em hipótese alguma em favor da sociedade, no processo penal.

Porém, Antônio Scarance Fernandes expõe que há quem entenda que o uso da proporcionalidade também pode ser usado à acusação, justificado pelo uso dos princípios da isonomia, sobretudo em virtude do crescimento da criminalidade organizada.⁴⁸

Para tanto, o autor diz que seria ilógico serem desprezadas provas colhidas, sem ordem judicial, por um agente infiltrado numa organização criminosa, pois deve prevalecer o interesse público, que no caso, é maior que a intimidade individual.

Na mesma linha de pensamento, Eugênio Pacelli de Oliveira, argumenta que:

Mas, voltando à questão de aproveitamento de prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá ser validamente utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma de inadmissibilidade. Por aplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal que desempenha a norma do artigo 5º, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores de prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra de proporcionalidade.⁴⁹

⁴⁷ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria crítica e práxis**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 124-127.

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 94

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 315.

5. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

5.1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso XII, ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, 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”.

Desta feita, ficam garantidas as inviolabilidades de várias espécies de comunicações, encampando as realizadas por carta, telegráficas, transmissão de dados e telefônicas.

Porém, destaca-se que somente com relação ao sigilo telefônico é que foi aberta uma exceção a ser disciplinada por lei ordinária, eis que a norma constitucional em comento é de eficácia limitada.

Normas constitucionais de eficácia limitada são caracterizadas por José Afonso da Silva na medida em que “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.”⁵⁰

Nessa vereda, com o fim de complementar a sobredita norma constitucional, foi editada a Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996, publicada e com vigência desde o dia 25 de julho de 1996. Tal lei é composta por normas de natureza penal, já que tipificou como crime a violação do sigilo das comunicações telefônicas, e processual, eis que estabeleceu procedimento específico para a quebra desse sigilo.

Para fins históricos, segundo relato apresentado por Fernando Capez, é profícuo ressaltar que antes da Constituição Federal de 1988, havia grande celeuma no tocante à possibilidade da quebra do sigilo telefônico, pois a Constituição Federal de 1969 fazia a mesma menção de inviolabilidade do sigilo de correspondência e

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

comunicações telegráficas e telefônicas, porém, sem fazer qualquer ressalva à possibilidade de limitação desse sigilo por lei.⁵¹

No entanto, o impasse ficava por conta da existência da vigência da Lei n. 4.117/62, que dispunha sobre o Código Brasileiro de Telecomunicações e em seu artigo 57, inciso II, alínea e, era disposto que não constitua violação de telecomunicação se fosse dado conhecimento ao juiz competente, através de requisição ou intimação do mesmo. Nesse panorama, existiam os doutrinadores que alegavam ser esse dispositivo inconstitucional, pois a Constituição Federal à época não permitia a restrição do sigilo telefônico, bem como, havia os doutrinadores que consideravam o artigo constitucional, argumentando que não se concebia a existência de direitos absolutos.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, parecia que a situação estava resolvida, pois agora, o respectivo artigo 5º, inciso XII, permitia a exceção à regra do sigilo telefônico por lei infraconstitucional. Porém, outra questão surgiu: se a Lei n. 4.117/62 foi ou não recepcionada pela nova Constituição?

O Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que enquanto a matéria não fosse regulamentada por legislação ordinária, toda e qualquer escuta telefônica seria considerada inconstitucional, mesmo quando autorizada pelo Poder Judiciário. Essa linha de pensamento se fundamentou no fato de que a Carta Magna de 1988 prevê a quebra do sigilo telefônico somente mediante ordem judicial, para colheita de provas em investigação ou processo criminal e existência de lei delimitando as hipóteses de autorização dessa exceção.

Pelo Supremo Tribunal Federal, era desconsiderada a regulamentação infraconstitucional pelo artigo 57, inciso II, alínea e, da Lei n. 4.117/62, em virtude de que tal dispositivo não previa as circunstâncias que autorizariam a admissibilidade da interceptação, nem era definido o procedimento para tanto, de forma que era considerado apenas um texto genérico e sem força de regulamentação do instituto da quebra do sigilo telefônico. Assim, foi considerado que não existia nenhuma lei ordinária regulamentando a situação, de modo que, permanecia o sigilo telefônico em caráter absoluto.

Tal quadro somente foi modificado com o início da vigência da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, já que, como dito alhures, disciplinou a interceptação

⁵¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 551-552.

telefônica, que, de forma resumida, pode ser feita de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial, quando houver indícios de autoria, inexistir outro meio probatório e o fato for punido com pena de reclusão.

5.2. OBJETOS DO ARTIGO 5º, INCISO XII, DA CF/88 E DO ARTIGO 1º DA LEI 9.296/96

Frisando mais uma vez, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, abordou a garantia de inviolabilidade do sigilo de comunicações por carta, telegráfica, transmissão de dados e telefônica. Conforme já visto, somente com relação ao sigilo telefônico é que foi franqueada a possibilidade de quebra, sendo que aos demais há aparente garantia absoluta.

No tocante à correspondência por carta, a mesma é definida como qualquer instrumento de comunicação escrita. Já a comunicação telegráfica é aquela realizada por telegrama. Como dito acima, o sigilo dessas modalidades de comunicação são em princípio absolutos. No entanto, essas garantias podem ceder frente a outros princípios, garantias ou dispositivos constitucionais.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que o sigilo de correspondência e o de comunicação telegráfica pode ser excepcionado nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio, conforme previsão nos artigos 136, §1º, inciso I e 139, inciso III, ambos da Constituição Federal.⁵²

Além da possibilidade dos estados de exceção constitucionalmente previstos, há de acordo com, a possibilidade de interceptação de uma carta enviada por sequestradores, legitimando a prova ilícita em função do exercício da legítima defesa.

Em relação ao sigilo de dados, Alexandre de Moraes afirma que essa previsão “complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada.”⁵³ Em ampla definição da palavra dados, o doutrinador assevera que engloba principalmente as informações bancárias e fiscais. Essa garantia também é

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 765-768.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 93.

excepcionada pelas Leis Complementares nº 104/2001 e nº 105/2001, que, em sucintas palavras, permitem que autoridades administrativas e agentes fiscais possam examinar os dados do particular quando houver processo administrativo ou fiscal instaurados.

Por fim, as comunicações telefônicas, conforme explicitado no artigo 1º da Lei n. 9.296/96, são aquelas de qualquer natureza que utilizem a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos e etc.

Portanto, nessa vereda, Luiz Flávio Gomes comenta sobre as comunicações telefônicas de qualquer natureza que:

significam qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico. Destarte, abarcaria, também *e-mails, fax, programas de mensagem instantânea* e etc.⁵⁴

Indo à frente no estudo do tema, o parágrafo único do artigo 1º da mencionada Lei equipara à comunicação telefônica o fluxo de informações em sistema de informática e telemática:

a telemática é uma ciência que trata da manipulação de dados e informações, conjugando o computador, sistemas de informática, com os meios de comunicação, telefônicas ou não. Assim, qualquer comunicação feita através de sistema de informática é protegida pela lei; a título de exemplo, citamos as comunicações feitas na Internet.⁵⁵

Tendo em vista que a telemática é manipulação de dados, e em princípio a Constituição proíbe a quebra do sigilo de dados, há considerável divergência sobre a constitucionalidade ou não do conteúdo do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 9.296/96.

Damásio de Jesus assume posição pela constitucionalidade do citado parágrafo, argumentando que o constituinte:

não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, quando usado dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A

⁵⁴GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 165.

⁵⁵ARAÚJO DE CASTRO. Carla Rodrigues. **Crimes de Informática e seus aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001. Págs. 111 e 112.

exceção, quando menciona 'comunicações telefônica', estende-se qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica, como meio, ainda que haja transferência de 'dados'. É o caso do uso do modem. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, digitar e não falar.⁵⁶

Por outro lado, Vicente Greco Filho, entende ser inconstitucional o parágrafo único, pois a Carta Magna somente permitiu excepcionar o sigilo das comunicações telefônicas, sendo que estas não englobam as transmissões de dados e a interpretação da exceção deve ser sempre restritiva.⁵⁷

Já Luiz Francisco Torquato Avolio registra que as comunicações telefônicas seriam limitadas às conversas telefônicas, expondo como segue:

Concluimos desde logo, que as comunicações de dados não são passíveis de interceptação, nos termos da Constituição, resultando inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96. Já os dados constantes de arquivos estanques, informatizados ou não, podem ter seu sigilo limitado, no âmbito da lei, ou de aplicação do princípio da proporcionalidade.⁵⁸

5.3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Ocorre a interceptação telefônica quando terceiro interfere ou interrompe comunicação telefônica realizada entre outros dois ou mais interlocutores.

A interceptação telefônica se subdivide em duas espécies diferentes:

a) interceptação telefônica em sentido estrito: ocorre quando terceiro, sem conhecimento dos interlocutores, intercepte comunicação, registrando ou não os diálogos;

b) escuta telefônica: se dá quando a interceptação feita por terceiro é autorizada por um dos interlocutores.

Infere-se, então, que a interceptação telefônica exige a interceptação por um terceiro. Logo, a gravação telefônica, que se caracteriza pela circunstância de que um dos interlocutores é quem registra a conversa mantida com o outro

⁵⁶JESUS, Damásio de. **Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296/96**, RT. 735/458.

⁵⁷GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.12.

⁵⁸AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 224.

interlocutor, sem a participação de terceiro, não se submetem à Lei n. 9.296/96, podendo ser utilizada como meio de prova lícita, desde que submetida a uma avaliação de “justa causa”, apta a torna-la viável a figurar regularmente no âmbito legal, tanto no processo penal, civil ou administrativo.

Sob este prisma, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça adotam o entendimento que a gravação telefônica é meio lícito de prova, mesmo quando realizado sem autorização judicial, haja vista que a mesma é registrada por um dos interlocutores. Contudo, tal regra é afastada se houver traição de confiança ou de segredo profissional, pois considerada como violação da intimidade e privacidade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

É certo que o STF entende que a licitude da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser analisada caso a caso. Na hipótese, a gravação deu-se pela amásia do réu tão-somente para responsabilizá-lo pelo homicídio perpetrado contra a vítima, com quem ela mantinha envolvimento amoroso. Tal gravação deveu-se à escuta perpetrada por sugestão de autoridade policial. Dessarte, a prova aqui é ilícita, colhida que foi com indevida violação de privacidade, porque não foi colhida como meio de defesa ou em razão de investida criminosa.⁵⁹

Além da gravação telefônica, também não está sob a égide da Lei n. 9296/96, a chamada gravação ambiental, que é aquela que compreende, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira: “aquela realizada no meio ambiente, podendo ser clandestina, quando desconhecida por um ou por todos os interlocutores, ou autorizada, quando com a ciência e concordância deste ou quando decorrente de ordem judicial.”

Alude o referido autor que as gravações clandestinas são tidas como ilegais, por violarem o direito à intimidade dos investigados, sendo, em regra, não valoradas no processo. São as ocorridas por meio de gravadores, de câmeras de vídeo, ou por outro meio ambiental, não havendo conhecimento dos interlocutores.⁶⁰

⁵⁹HC 57.961-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 21.06.2007.

⁶⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 291.

5.3.1. Excludentes de Ilicitude nas Interceptações Telefônicas

Pode ser considerada lícita a interceptação telefônica realizada sem observância dos requisitos legais e constitucionais quando do momento da realização de crime ou exaurimento deste por meio de ligação telefônica.

No entanto, os Tribunais Superiores somente às aceitam quando realizadas nas escutas telefônicas, ou seja, quando um dos interlocutores, provavelmente a vítima, autoriza tal medida. Por outro lado, na interceptação telefônica sem que os interlocutores saibam desta, o entendimento predominante é de que a prova é ilícita.

O Superior Tribunal de Justiça, no Informativo 300/2006, entendeu que:

quanto à gravação utilizada como prova naqueles autos, não há que tachar de ilícita, visto que foi realizada por um dos interlocutores – a própria vítima no momento da negociação da propina – fato este que, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal e do STF, afasta-lhe a pecha.

Em suma, a escuta telefônica realizada em legítima defesa poderá ser lícita, ao contrário da interceptação telefônica em sentido estrito, feita sem autorização judicial, que será considerada ilícita.

5.4. SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS

É imperioso ser destacado que há diferença entre sigilo da comunicação telefônica e sigilo de dados telefônicos.

Obviamente que as empresas telefônicas, até para fins aferição do montante da cobrança pelo uso dos serviços, realizam armazenagem dos dados correspondentes ao dia em que as chamadas são feitas, duração, número do telefone discado, horário em que foi feita a chamada e etc.

Mas é nesse patamar que surge a grande questão: a Lei n. 9296/96 incide nesses casos? Predomina o entendimento de que não. Luiz Flávio Gomes aduz que:

a interceptação de uma comunicação telefônica versa sobre algo que está ocorrendo, atual; já a quebra do sigilo de dados telefônicos relaciona-se com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas... não alcança os registros telefônicos que são dados relacionados com comunicações telefônicas passadas, pretéritas.⁶¹

Sob este prisma, os registros armazenados pelas empresas telefônicas são considerados documentos comuns, desnecessitando de procedimento especial para sua obtenção, de forma que basta tão-somente serem requisitados pelos juízes.

Aliás, é interessante mencionar que as Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, §3º, da Constituição Federal), assim como o Ministério Público (artigo 129, inciso VI, Constituição Federal) podem requisitar diretamente a quebra do sigilo de dados telefônicos, porém, não podem determinar a quebra do sigilo de comunicação telefônica sem autorização judicial, em função da cláusula de reserva jurisdicional.

Corroborando com tal entendimento vejamos o voto do eminente Ministro do Celso de Mello, integrante do Supremo Tribunal Federal:

A quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das comissões parlamentares de inquérito – *O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico* (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o *ato que lhes decreta a quebra traduz derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar*. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por ela investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a *existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera da intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência* (CF, art. 5º, XXXV).⁶²

⁶¹GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 101.

⁶²MS-23452 / RJ; Min. Celso de Mello; DJ 12.5.00, p. 20, ement., vol. 1990-01, p. 86.

Ainda, Eugenio Pacelli afirma

Não é o que ocorre, por exemplo, com o sigilo de dados das comunicações telefônicas, isto é, dos registros telefônicos (e não da interceptação), com o sigilo bancário e com o sigilo fiscal, todos ao alcance da CPI, consoante, aliás, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade.⁶³

5.5. ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI n. 9.296/96

5.5.1. Requisitos legais para concessão da quebra do sigilo telefônico

Os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.296/96, por buscarem fundamento de validade no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, observaram os parâmetros mínimos estabelecidos pela norma constitucional de eficácia limitada, quais sejam, exigência de autorização judicial e finalidade de investigação criminal ou instrução de processo penal.

Assim, a violação do sigilo telefônico é medida de natureza cautelar, que será preparatória se requerida antes do ajuizamento da ação penal, e incidental, se postulada no curso do processo penal, determinada *inaudita altera pars*, para ser considerada válida deverá cumprir as exigências da sobredita lei, quais sejam:

a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal: somente o juiz competente para julgar a ação principal, ou seja, aquele que exerça jurisdição penal comum, eleitoral ou militar, poderá determinar a quebra do sigilo telefônico. Com relação à decretação feita por juiz incompetente, o Superior Tribunal de Justiça é vacilante sobre o tema, uma vez que não há posição majoritária sobre o tema.

Porém, há possibilidade de se considerar que a interceptação somente será considerada válida se realizada na fase inquisitorial e envolver competência em razão do lugar ou matéria. Nos demais casos, como na fase do inquérito e

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.304.

competência em razão da pessoa e na fase processual, em qualquer modalidade de competência, a prova será absolutamente nula. Para ratificar o trazido, segue um trecho do exposto pelo Ministro do STJ José Arnaldo da Fonseca

A incompetência do juízo que determinou a interceptação, por si só, não macula o procedimento, pois os atos praticados antecedem o contraditório e são tidos, naturalmente, na linha da atividade administrativa, portanto, não sujeitos ao rigor processual, sem esquecer-se de que os fatos de desenrolados em várias localidades as tornam aptas, de início, á persecução apuratória.⁶⁴

b) Presença de indícios razoáveis de autoria ou participação no crime que se pretende investigar: o que importa é a presença de indícios e não de prova plena. Trata-se do *fumus boni iuris* e aplicação do princípio *in dubio pro societate*. A doutrina oscila a respeito da necessidade de prévia instauração de inquérito policial para autorizar a quebra do sigilo telefônico. Em que pese a divergência, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou a interceptação pode “se efetivar antes mesmo da instauração de inquérito policial, pois nada impede que as investigações precedam esse procedimento;⁶⁵

c) Investigação policial ou instrução de processo penal de crimes punidos com pena de reclusão: o requisito é claro, mas traz inúmeras críticas doutrinárias, pois impede o uso desse meio de prova nos crimes mais comuns cometidos pelo uso de telefone, como ameaça, injúria e etc;

d) Inexistência de outros meios de prova disponíveis para obtenção das informações que se pretende: aqui se encaixa o *periculum in mora*, na medida em que somente se autoriza a quebra do sigilo telefônico se não houver diversa forma de produção da prova, já que é medida excepcional e que restringe direito fundamental;

e) Apenas para instruir investigação policial ou processo criminal: não é admitido esse meio de prova para instruir processo civil, inquérito civil, ação civil pública e etc.

⁶⁴STJ, HC 15941-MG, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 03.10.2005.

⁶⁵HC 43.234/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ 21.11.2005.

5.5.2. Legitimados para requerer a quebra do sigilo telefônico

Precêitua o artigo 3º da Lei 9.296/96, que são legitimados para requerer ao magistrado a quebra do sigilo telefônico do investigado a autoridade policial e o Ministério Público, sem olvidar, a possibilidade de o próprio juiz determinar a medida de ofício.

Porém, surgem importantes questões com relação à legitimidade. A doutrina concebe a possibilidade de a medida ser requerida também pelo ofendido e titular das ações penais privadas, por ser solução coerente com o sistema.

Já com relação ao assistente de acusação, em primeira análise, estaria excluído da legitimidade proposta pela Lei. Mas o artigo 271 do Código de Processo Penal permite que o assistente proponha os meios de prova, logo, é sensato também que lhe seja conferida a legitimidade.

Outro tema que gera muita controvérsia é a possibilidade do juiz decretar de ofício a quebra do sigilo telefônico. Há autores que entendem ser inconstitucional, como Luiz Flávio Gomes, pois, para o mesmo:

determinar provas de ofício importa em comprometer sua imparcialidade, uma vez que a Constituição Federal somente atribui aos juízes a função de processar e julgar, não compreendendo a investigação.⁶⁶

Por outro lado, há posicionamento pela constitucionalidade dessa atividade de ofício do juiz, tendo em vista que se baseia na busca da verdade dos fatos, é meio de prova lícito e o artigo 156 do Código de Processo Penal permite a mesma conduta do juiz de determinar a produção antecipada de provas urgentes e relevantes antes mesmo de iniciada a ação penal.

Nos dizeres de Antonio Scarance Fernandes:

..tem o juiz importante papel na produção da prova. Para que possa proferir decisão justa e conforme a realidade, deve instruir a causa mediante efetiva participação na realização do material probatório, seja no garantir às partes a plenitude do direito à prova, seja no determinar, de ofício, a efetivação de prova relevante.⁶⁷

⁶⁶GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 201.

⁶⁷FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: ed. RT, 2003. p. 186-187.

É evidente que se faz necessário distinguir o uso do poder probatório do juiz quando utilizado de forma inquisitiva, com o impulso de ratificação de seu pré-julgamento, seja com fins de absolvição ou condenação, se valendo do meio de prova por ele determinado como instrumento de legitimação de sua decisão motivada, e na outra posição, o uso pelo juiz da prova sem pretéritas análises de julgamento, apenas como critérios de substancialidade para criar um fortalecimento da convicção interna para construção externa de sua decisão.

E é nesse último fim que se defende a possibilidade de o juiz ser um dos legitimados para determinar a produção de provas advindas das interceptações telefônicas, por ser um meio eficaz de demonstração de fatos e evidências claras, que irão dirimir dúvidas, desobscurecendo pontos controversos e munindo o magistrado de conhecimento do fato e atuando no fato, papel que se revela lógico num processo penal preocupado com a transformação que suas decisões trarão ao todo social.

5.5.3. Delimitação do objeto de investigação

O parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96 impõe alguns requisitos formais que deverão constar na decisão judicial que autorizam a quebra do sigilo, quais sejam, descrição com clareza do objeto da investigação, inclusive a qualificação dos indiciados ou acusados, salvo impossibilidade manifesta.

Porém, se ocorrer descoberta fortuita da prática de outro crime diverso do explicitado na ordem judicial autorizadora, também poderá a interceptação servir como prova se a descoberta do crime guardar relação de conexidade com o crime original objeto da investigação, mesmo que o crime conexo não seja apenado com reclusão. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “desde que relacionada com o fato criminoso investigado, é lícita a prova de crime diverso obtida mediante interceptações telefônicas de terceiro não arrolado na autorização judicial de escuta.”⁶⁸

⁶⁸STJ, Informativo 262 (setembro/2005).

Vale observar a ressalva feita por Vicente Greco, de que a prova será ilícita se a descoberta por acaso envolver fato sem conexão com o objeto da investigação no sentido. Mas nada impede que esses fatos sem conexão descobertos possam dar ensejo ao início de outras investigações, como nova interceptação independente.⁶⁹

5.5.4. Prazo para a interceptação telefônica

O juiz, ao receber o pedido, avaliará no prazo de 24 horas, se decreta ou não a quebra do sigilo telefônico. O artigo 5º da Lei 9.296/96 dispõe que a interceptação telefônica terá duração de 15 dias, renovável por igual prazo, desde que comprovada a efetiva necessidade desse meio de prova.

Considera-se a contagem desse prazo na forma do artigo 10 do Código Penal, ou seja, incluindo-se o dia da expedição da ordem judicial, uma vez que é norma mais vantajosa ao acusado ou investigado.

No tocante a renovação do prazo de 15 dias, os Tribunais Superiores entendem que a medida pode ser renovada quantas vezes forem necessárias. A título de exemplo, transcreve-se parte do julgado do Supremo Tribunal Federal:

é possível a prorrogação do prazo de autorização para interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo e exigir investigação diferenciada e contínua.⁷⁰

Não obstante, cabe destacar, que o Superior Tribunal de Justiça já invalidou interceptação telefônica prorrogada sucessivamente, por mais de dois anos, acenando para impossibilidade de se prorrogar a interceptação por mais de 30 dias:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional -e bem explícito -em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação -"renovável por igual

⁶⁹GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 21-22.

⁷⁰HC. 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004.

tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".9.296texto constitucional3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.9.2964. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.9.296 5º Constituição 136 § 2º 5º9.2966. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.⁷¹

Porém, posteriormente, o próprio Superior Tribunal de Justiça passou se posicionou pela possibilidade de renovações sucessivas do prazo da interceptação telefônica:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA.REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA NA ORIGEM. ESVAZIAMENTO DO WRIT NESSE PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.DESCABIMENTO. PRORROGAÇÃO POR MAIS DE TRINTA DIAS. POSSIBILIDADE.DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

1. Com a notícia da revogação da custódia cautelar pelo juízo de origem, fica prejudicado o writ no ponto em que pedia a colocação do paciente em liberdade.2. Em relação às interceptações telefônicas, o prazo de 15 (quinze) dias, previsto na Lei nº 9.296/96, é contado a partir da efetivação da medida constritiva, ou seja, do dia em que se iniciou a escuta telefônica e não da data da decisão judicial.3. No caso, não há falar em nulidade da primeira escuta realizada (28.12.2007), pois, embora o Magistrado tenha autorizado a quebra no dia 10.12.2007, a interceptação teve início no dia 20.12.2007. Em consequência, também se afasta a alegação de nulidade das interceptações subsequentes.4. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte e do STF, é possível a extrapolação do prazo constante no art. 5º, da Lei nº 9.296/96 (15 mais 15 dias), desde que haja a comprovação da necessidade da medida.5. Na hipótese, as interceptações perduraram por aproximadamente 8 (oito) meses, período razoável se comparada a existência de grande quadrilha, especializada na disseminação de considerável quantidade de variados entorpecentes (ecstasy, LSD, maconha e haxixe).6. Não há falar em nulidade das decisões que permitiram a quebra do sigilo das comunicações telefônicas quando elas vem amparada em suficiente fundamentação, tal qual ocorre na ação penal de que aqui se cuida.7. Ordem parcialmente prejudicada e, quanto mais, denegada.⁷²

⁷¹HC 76686 PR 2007/0026405-6, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento:09/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2008.

⁷²HC 135.771/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 24/08/2011

5.5.5. Medida *inaudita altera pars*

Por obviedade, é claro que o acusado ou investigado não podem ter conhecimento prévio de que a interceptação telefônica foi determinada, pois do contrário, a produção da prova estaria prejudicada.

Não obstante, o acusado ou o investigado exercem o contraditório de forma diferida, ou seja, posteriormente à realização da prova, quando os autos apartados da interceptação forem apensados aos autos principais, como será visto em seguida.

5.5.6. Procedimento

Já foi abordado que a quebra do sigilo telefônico se dá a pedido da autoridade policial, membro do Ministério Público, vítima na ação penal privada e assistente de acusação ou por decisão, de ofício, pelo juiz competente.

O juiz tem prazo de 24 horas para analisar o pedido, e caso determine a produção da prova, a mesma deverá ser realizada no prazo de 15 dias, renovável por igual tempo, quantas vezes forem necessárias.

Conforme previsão do artigo 6º da Lei, a autoridade policial conduzirá o procedimento, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a diligência. Frise-se que, para a realização da diligência, a autoridade policial pode requisitar serviços técnicos especializados das concessionárias de serviço público para auxiliar na condução da produção da prova, nos termos do artigo 7º da multicitada Lei.

Terminada a diligência, a interceptação telefônica deverá ser transcrita e encaminhada ao juiz, que ao recebê-las, determinará o apensamento da prova obtida ao processo criminal ou inquérito policial, dando-se ciência ao Ministério Público, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, conforme dispõe o artigo 8º.

Destaque-se que o apensamento só pode ocorrer imediatamente antes do relatório da autoridade policial do inquérito ou na conclusão para o juiz exarar despacho saneador.

A gravação que não interessar à investigação ou processo penal deverá ser inutilizada por decisão judicial, na presença do promotor de justiça, sendo facultada a presença do acusado ou seu representante legal, com instauração de procedimento incidental aos autos principais, como determina o artigo 9º da Lei.

Por fim, é relevante frisar que o auto de interceptação deve conter toda metodologia utilizada na investigação e atos realizados no decorrer desta, de acordo com o artigo 6º, § 2º, da Lei 9.296/96.

5.5.7. Recursos cabíveis

Evidentemente que a possibilidade de recurso só é possibilitada à parte que postula a quebra do sigilo telefônico do indiciado ou acusado, tendo em vista que o investigado só toma conhecimento da diligência quando a mesma é finalizada.

Assim, indeferido o pedido de quebra do sigilo telefônico, abre-se a oportunidade da parte requerente interpor recurso de apelação contra decisão definitiva, já que encerra procedimento probatório, com supedâneo no artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

Porém, a utilização do recurso em análise pode ter como consequência o chamamento da outra parte para apresentação de contrarrazões, tornando ineficaz a realização da prova excepcional de inviolabilidade à sua intimidade, pois bastaria ao mesmo não mais tratar de assuntos pertinentes à finalidade da investigação com o uso do telefone.

Destarte, sugere a doutrina o uso de mandado de segurança contra decisão que indefere a interceptação telefônica, vez que esta dispensa de contrarrazões ou outra forma de ciência ou manifestação da parte investigada.

Interessante destacar que pode o Promotor de Justiça impetrar *habeas corpus* em favor do investigado ou réu, no caso de o Juiz decretar de ofício a medida sem que estejam preenchidos os requisitos para a interceptação telefônica.

5.5.8. Implicações da Lei 9.296/96 e exercício da advocacia

O artigo 7º, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94), define que “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”.

Como se vê, o Estatuto da OAB também excepciona a Lei 9.296/96 ao vedar a expressamente quebra do sigilo telefônico e telemático do advogado com seu cliente.

Não obstante, o próprio Estatuto faz ressalva no sentido de que essas comunicações devem guardar relação com o exercício da advocacia. Em razão disto Luiz Flávio Gomes sustenta que “se houver sérios indícios de o defensor haver participado da atividade criminosa”⁷³ o sigilo do advogado será inviabilizado.

Outro ponto relevante no tocante ao exercício da advocacia e relação com a interceptação telefônica é o disposto no artigo 7º, inciso XV, também do referido, que prevê ser direito do advogado “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelo prazo legal”.

Já foi dito acima que o contraditório no procedimento de interceptação telefônica é diferido, postergado para o futuro, pois do contrário a execução da diligência seria inócua, pois o investigado saberia que está sendo objeto de investigação.

Dessa forma, o que se permite é que o advogado tenha acesso ao conteúdo da interceptação somente após ser obtida a informação e juntada aos autos principais, que ocorre na forma do artigo 8º, parágrafo único, da Lei n. 9296/96. Leva-se como parâmetro, então, o fim da interceptação e a desnecessidade do sigilo para continuidade das investigações.

⁷³GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 191.

5.6. ASPECTOS PENAIS DA LEI 9.296/96

O artigo 10 da Lei 9.296/96 prevê como crime a conduta de “realizar a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de 2 a 4 anos, e multa”.

Soma-se a possibilidade de responder o autor da interceptação telefônica nas sanções políticas previstas no art.11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92):

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; (...)

5.6.1. Objeto jurídico

Busca a proteção da liberdade de comunicação, da intimidade e privacidade.

5.6.2. Sujeitos do crime

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa com relação à conduta de realizar a interceptação.

Porém, no tocante à quebra do segredo de Justiça, somente podem ser sujeitos ativos aqueles que tenham acesso legítimo à interceptação ou seu resultado

(juiz, promotor, advogado, perito, funcionário da concessionária de serviço público). Há quem defenda que somente os funcionários públicos respondem nessa hipótese.

Já o sujeito passivo são as pessoas que tem a conversa telefônica captada e desconhecem que a interceptação está sendo feita.

5.6.3. Elemento subjetivo

É o dolo, ou seja, vontade livre e consciente de interceptar conversa telefônica ou violar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou sem preencher os requisitos legais.

5.6.4. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em realizar interceptação, que é a captação de conversa dos interlocutores sem que os mesmos saibam disto.

É necessário que a interceptação se dê sem autorização judicial ou que, mesmo que possua autorização do juiz, tenha finalidade diversa da investigação ou instrução do processo, ou mesmo que alegue dolosamente estarem preenchidos os requisitos legais quando os mesmos inexistem.

Já a conduta de quebrar o segredo de Justiça se refere à violação do segredo relativo ao andamento do procedimento ou de seu conteúdo.

5.6.5. Consumação e tentativa

O crime se consuma com o conhecimento do interceptador, ainda que não de todo o conteúdo, da comunicação alheia, sendo desnecessária que terceiros tomem conhecimento; ou com o repasse de informação a terceiro, da existência do procedimento ou do seu conteúdo, por pessoa que deva guardar o sigilo.

A tentativa é admitida, pois é crime plurissubsistente, ou seja, sempre realizado em vários atos fracionados. Ex: pessoa é surpreendida quando estava colocando instrumento de interceptação no escritório da vítima.

5.7. CRÍTICAS À LEI 9.296/96

Inobstante ser um marco regulador na condução da instrumentalidade da utilização da interceptação telefônica como meio de prova excepcional, a lei em análise sofre várias críticas doutrinárias com relação aos doze artigos por ela enunciados.

Grande parte se dirige a lacuna deixada pela lei em vários aspectos, em decorrência da ampla discussão que se travam no seio jurídico, e que poderiam, para alguns, terem sido resolvidos com o uso de uma linguagem jurídica mais técnica, aprumada e escurrita.

Luiz Francisco Torquato Avolio diz sobre o assunto:

Não é esse o motivo de se afigurar, como afirmamos, impressionantemente lacônica em função da amplitude e da complexidade da matéria.”(...) “ O laconismo, assim, que poderia satisfazer a qualidade literária da concisão, muito prezada nos textos legislativos, resultou, na verdade, em lacunosidade, apresentando, como veremos, quebras de princípios, omissões e imprecisões terminológicas.⁷⁴

Tal imprecisão terminológica, ao ver do autor, se faz em comparação a Reforma do Código de Processo Italiano de 1988, em que tal documento faz toda uma especificação linguística acerca da nomenclatura das “provas”, dando definições precisas em cada situação no iter processual, empregando-a ora como “elementos”, ora como “fontes de prova” e “indícios”, dando sentido linguístico para cada meio de prova (testemunhal, pericial, acareações, reconhecimentos e etc.), de acordo com a fase em que se encontra (investigativa policial ou processual), facilitando, assim, a busca interpretativa da vontade do legislador ao criar cada expressão legal à aplicação do direito, fato que restou faltoso na legislação brasileira.

⁷⁴AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 205.

Em relação aos requisitos, em que se prevê a necessidade de existirem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, se demonstra desnecessária a presença normativa, face à lógica de que seria desarrazoado autorizar tal medida excepcional de busca invasiva de provas, sem ao menos um apontamento do cometimento de crime. Sendo, que se assim procedesse, seria o nítido exemplo de se interceptar para se aguardar o cometimento de um ilícito, o que sofre uma crítica contumaz de Luiz Flávio Gomes, que chama tal prática de interceptação de “prospecção”, em que é realizado através de “escuta aleatória” através do rastreamento indistinto de aparelhos celulares, na busca de provar qualquer crime, o que seria de certo uma prova ilícita pela legislação vigente.⁷⁵

Com relação aos requisitos específicos que permitem a interceptação telefônica, o julgamento se volta ao fato de abarcar todos os crimes punidos com a pena de reclusão, numa fórmula que não contempla outros com penas diversas, e que seriam bem mais correlacionados com o escopo da natureza excepcional do meio instrumental-probatório em comento, como os crimes de ameaça ou injúria cometidos ao telefone e o jogo do bicho.

Não há também previsão na lei que proíba a interceptação telefônica sobre conversação telefônica entre o advogado e seu cliente, o que é uma lacuna sensível aos caminhos preconizados pela via democrática protetiva dos direitos fundamentais do acusado, como forma a limitar a atuação abusiva estatal, salvo, como já anteriormente mencionado, em casos de indícios veementes da participação criminosa associativa entre defensor e investigado.

Ao prazo estipulado de quinze dias, renováveis por igual período, uma vez comprovada a indispensabilidade do uso da interceptação telefônica, a doutrina realiza fortes críticas, tendo em vista que a importância não seria o tempo em si de afetação da medida intrusiva, mas sim, a delimitação da real necessidade em se utilizar o meio de prova, notadamente em crimes que se perfazem em períodos de maior duração temporal como a lavagem de dinheiro.

Afora as críticas realizadas pela doutrina pátria em relação à lei 9.296/96, outras têm em vista à má utilização das expressões técnicas que resultam em uma ampliação nas possibilidades interpretativas, gerando confusão, má aplicação do

⁷⁵GOMES, Luiz Flávio. **Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei**, Boletim IBCCrim/Edição Especial n.45, ago.1996,p.180.

dispositivo legal e abrindo a possibilidade de abusos e danos aos intervenientes da medida excepcional e, em consequência natural, à sociedade.

6. ABUSO E DESVIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Na recente história do nosso país, com relação ao uso das interceptações telefônicas, diversas práticas abusivas desviaram a verdadeira finalidade deste meio de prova, mostrando a fragilidade da legislação específica sobre o tema, o que prejudicou, sobremaneira, o alcance real que o correto uso poderia fornecer aos órgãos responsáveis pela atividade estatal do *persecutio criminis*.

Tais atos abusivos produziram desconfiança nos meios político, jurídico e social, fruto da desordem estatal no controle dos constantes casos veiculados de forma periódica, os quais informavam corriqueiramente sobre: casos de “grampos ilegais”; investigações falsas; perseguições políticas, religiosas e filosóficas; vazamento de operações com informações das interceptações telefônicas realizadas; repasse desautorizado aos órgãos de imprensa de trechos de interpretações; extorsões realizadas contra os interceptados; recepção de informações sigilosas de empresas ou de cunho patrimonial; interceptações com a finalidade de investigação passional, perpetrada na maioria das vezes por detetives particulares; venda de aparelhos para a realização de interceptações ilegais; dentre outras formas de banalização das interceptações telefônicas e o vazamento de informações.

O Jornal do Brasil, de quinze de fevereiro de 2008, noticiou o seguinte: “a CPI dos Grampos apontou os principais focos de investigação sobre a farra dos grampos telefônicos no País, sendo eles: a fragilidade do sistema, a responsabilidade do Poder Judiciário como poder concedente das autorizações de monitoramento, a rede de escritórios de detetives particulares que fazem a bisbilhotagem um meio de vida e o papel das operadoras de telefonia na “grampomania”.⁷⁶

E na grande maioria dos casos os autores das irregulares interceptações telefônicas eram funcionários públicos ou pessoas ligadas ao meio político, dando um tom mais sombrio e tormentoso ao tema, tendo em vista a direção contrária da

⁷⁶Agência de notícias do **Jornal do Brasil**, de 15 de fevereiro de 2008, 04h26min, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 203.

que havia sido proposta anteriormente, passando a ser usada como um abuso aos direitos fundamentais dos interceptados.

No período em que ficou sem regulamentação específica, no período compreendido entre a promulgação da Constituição de 1988 e a edição da Lei 9296/96, as interceptações eram realizadas de forma menos controladas pelos órgãos do Estado, bastando aos órgãos policiais indicarem que determinadas pessoas eram suspeitas da prática de crimes e que eram portadoras de uma linha telefônica para iniciarem a devassa indiscriminada da intimidade alheia.

Tal lacuna regulamentar possibilitou a prática espúria no Brasil dos “grampos”, trazendo à tona o assunto que viabilizou medidas legais à aprovação da lei ora vigente. O Caso Sivam se tornou o marco decisivo para uma posição mais ativa por parte das Cortes Superiores. Na situação que se tornou um dos maiores escândalos políticos dos anos 90, o Supremo Tribunal Federal intensificou a pressão à legislação específica sobre o assunto.

Logicamente, com o advento da legislação em vigor, ocorreu um maior controle sobre os meios de provas produzidos através das interceptações telefônicas, tendo em vista da cláusula que previa os requisitos e as regras para seu uso, além da tipificação penal para sua violação, mesmo que a técnica legislativa utilizada fosse alvo de críticas até os dias atuais.

Porém, mesmo a legislação específica não foi capaz de eliminar o cometimento de meios abusivos ou caracterizados pelo desvio da finalidade constitucional presente na lei. Há, ainda, inúmeros exemplos que maculam a instrumentalidade eficaz que esse meio técnico de prova realiza quando bem aplicado.

Dentre esses desserviços, estão atividades investigativas desviantes, em que se especificam indícios da prática de determinado crime e as pessoas a serem interceptadas, quando na verdade se está tentando a comprovação indireta da prática de outros crimes ou a individualização de outras pessoas diferentes do pedido inicial. Tal prática tem-se mostrado comum nas instituições policiais, sendo que em muitos casos há o conluio entre as instituições policiais, o Poder Judiciário e Ministério Público em realizarem operações reservadas com o uso de interceptações telefônicas, obtendo conhecimento irrestrito de informações não objetos da pretensão investigativa inicial dos investigados.

Sem contar os inúmeros processos em que os teores investigativos (degravações, apontamentos policiais, identificação mais precisa da autoria e dos meios utilizados no crime) servem de subsídios à confecção de expedientes jurídicos diversos, tais como o mandado de busca e apreensão, e a consequente realização de prisões e apreensões, sendo que o conteúdo advindo da interceptação não é incluído no processo “secundário” por fatores diversos (pedido de interceptação não alinhado com a lei; incompetência do órgão investigador para a realização da operação; superveniência de causa que cessaria a possibilidade do uso desse meio de prova; não preenchimento de requisitos que preencham o pedido de prorrogação de prazo e demais situações irregulares), se mostrando como uma afronta ao devido processo legal ao não permitir o pleno exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

7. TRANSFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Logo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com novos objetivos jus-políticos, orientados a uma realidade democrática que contrapunha o recém Estado político autoritário, trataram os doutrinadores e legisladores de estabelecerem comissões e grupos de estudo com a iniciativa de discutirem e projetarem leis sobre os mais variados temas.

A discussão pretérita serviu aos doutrinadores que os sucederam como fonte a iluminar diversas ideias de mudanças legislativas propostas pelos mais renomados estudiosos do campo político e jurídico, os quais se valem dos ensinamentos e constatações referendadas outrora, para subsidiar seus atuais projetos, visando dar maior eficiência e eficácia aos componentes de suas ambições legislativas. Como exemplo, temos o Projeto de Lei nº 3514/89, o qual será analisado posteriormente.

Desde a sua edição nos meados dos anos noventa, a Lei 9.296/96 sofreu uma série de críticas e reflexões das mais variadas ordens (doutrinárias, jurisprudenciais, políticas, sociais e técnicas), o que conduziu num processo de elaborações de uma série de projetos de leis, tendente a dar maior otimização legal ao tema abordado.

O excessivo abuso e desvio de poder realizado pelos órgãos responsáveis pela persecução criminal, e outros cometidos por interessados no uso irregular das interceptações telefônicas, em contraposição pela sua utilização com o escopo de um processo penal eficiente e protetivo, foram os fundamentos básicos a sedimentar a necessidade de dar melhores contornos à fonte normativa específica,

7.1. PROJETOS DE LEI

7.1.1. Projeto de lei 3514/1989

O pioneiro projeto a tratar especificamente sobre as interceptações telefônicas foi o Projeto de Lei 3514/1989, fruto do Anteprojeto de lei de autoria de

Ada Pellegrini Grinover, Agenor Nakazone, Antônio Scarance Fernandes, Hany Salim Dib, Rosana Chiavassa de Paula Lima e Vanderlei Aparecido Borges.

Tal projeto foi o resultado de uma série de estudos legislativos, liderado pelo então Deputado Federal Michel Temer, Relator da Comissão Especial sobre Crime Organizado na época. Serviu-se, notadamente, dos ensinamentos doutrinários de Ada Pelegrinni Grinover, e em estudo jurídico comparado das legislações estrangeiras mais avançadas sobre o assunto, a italiana e a alemã, sendo adaptadas à nova realidade brasileira.

Trazia como marco regulador inicial às possibilidades de interceptações telefônicas as seguintes características:

- a) Possibilidade de ser utilizada tanto as interceptações *strictu sensu* quanto as escutas telefônicas, estabelecendo uma distinção legal sobre essas duas formas de interceptação;
- b) Estabelecimento do uso das interceptações para fins de investigações policiais e processos penais;
- c) Indicação do rol de crimes a serem alvos das interceptações, sendo eles o de: terrorismo; tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; tráfico de mulheres e subtração de incapazes; quadrilha ou bando; contra a ordem econômica e financeira; falsificação de moedas; extorsão simples e extorsão mediante sequestro; contrabando; homicídio qualificado e roubo seguido de morte; ameaça ou injúria cometidas ao telefone e demais oriundos da prática de organização criminosa;
- d) Como requisitos ao meio de prova em comento, previa o Anteprojeto os requisitos de plausibilidade e a necessidade da medida ser indispensável para a investigação policial ou processo penal;
- e) Obrigatoriedade da documentação das operações realizadas, de forma precisa e minuciosa a fazer parte no Processo;
- f) Impedimento da utilização do teor da degravação em crimes outros que não aqueles permitidos pela autorização judicial.

O referido Anteprojeto de Lei foi aprovado, após proposição do Deputado Federal Milton Teixeira, tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados em 1990, mas sendo arquivado em 1996 sem qualquer análise no Senado Federal.

7.1.2. Projeto de lei 1443/2007 e apensos

Tal projeto de alteração da Lei sobre interceptações telefônicas foi realizada pela Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania (CCJ), no ano de 2007, de autoria do Deputado Federal Leonardo Picciani, o qual à época denunciou a má utilização das interceptações telefônicas na vigência da lei atual, direcionando-as a um uso com finalidade de perseguição por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, ideológica ou política ou para denegrir a imagem e a honra das pessoas.⁷⁷

As principais alterações de que trata o projeto, e publicados na página virtual do Senado Federal, versam sobre:

- a) Necessidade de cópia da portaria do inquérito policial instaurado (obrigatoriedade de prévia instauração de inquérito policial sobre o crime a ser investigado.);
- b) Demonstração no pedido de interceptação de que aquele é o único meio viável para produção probatória em relação ao crime;
- c) Somente o juiz que possibilitou a interceptação poderá autorizar a divulgação das gravações telefônicas dela realizadas, sendo que todos os órgãos de imprensa terão acesso igualitário no recebimento de tais conteúdos, além da tipificação da divulgação não autorizada;
- d) Especificação dos crimes que poderão ser alvos das interceptações telefônicas, sendo eles: terrorismo; tráfico de drogas ou de pessoas; subtração de incapazes; crimes de quadrilhas, contra a administração pública ou contra a ordem econômica e financeira; falsificação de dinheiro; extorsão; sequestro; contrabando; homicídio qualificado; latrocínio; estupro; ameaça ou injúria cometidas pelo telefone;
- e) Não autorização de interceptação telefônica no exercício da profissão de defesa realizada na relação advocatícia;
- f) Especificação na autorização judicial dos alvos a serem investigados, os crimes, os números dos telefones e os prazos necessários;
- g) Controle efetivo do Poder Judiciário sobre as interceptações realizadas;

⁷⁷<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/106903.html>- Projeto disciplina uso e divulgação de escuta telefônica

- h) Sanções mais severas aos funcionários públicos que realizaram interceptações telefônicas de qualquer natureza sem a devida autorização judicial, e aos que se utilizarem do seu conteúdo com fins filosóficos, ideológicos ou políticos;
- i) Ampliação do prazo à realização das escutas dos atuais quinze dias para os trinta dias, renovando-se apenas uma vez tal medida de exceção.

Luiz Francisco Torquato Avolio alude que a regulamentação minudente acerca dos requisitos exigíveis aos meios de prova em situações de exceção, dando como exemplo a legislação americana, serve, muitas vezes, para desencorajar a realização de interceptações legalmente autorizadas por parte dos órgãos responsáveis pela persecução criminal. Assim, afirma o autor:

Contudo, o descontrole sobre a realização as escutas ilegais, afigura-se, hoje, sem dúvida, o maior desafio para as autoridades policiais e os operadores do Direito em geral. Seria aconselhável, nesse passo, a par da regulamentação já existente no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a urgente criação de um banco de dados sobre as medidas de interceptação deferidas judicialmente em andamento, sob gestão exclusiva desse órgão, não apenas para fins estatísticos, mas para controle em tempo real da legalidade das operações em andamento (preservado o sigilo dos investigados), o que propiciaria alguma contenção de abusos.⁷⁸

A menção a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, como forma de maior controle, se refere a uma série de medidas estipuladas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, através, principalmente do artigo 18 da Resolução nº 59 de 09 de setembro de 2008, determinando que os juízes criminais devam informar mensalmente à Corregedoria Nacional de Justiça, por via eletrônica e em caráter de sigilo, o número de interceptações em andamento.

Como informação, o Projeto de Lei 1443/2007, teve seu último encaminhamento em março do ano de 2010, na Mesa Diretora das Câmaras dos Deputados, apensados aos Projetos de Lei n. 3.272/08 – que regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição - e seus apensados Projetos de Lei 4.036/08–que propõe aumento da pena para conduta abusiva de interceptação ilegal, "grampo telefônico" - e 5.286/09 –que encaminha a regulamentação do inciso

⁷⁸AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.188.

XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, fixando normas sobre interceptação das comunicações telefônicas, captação de imagem e de som ambiental como prova em investigação criminal e em instrução processual penal, sendo que foi apresentado em decorrência da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para apuração das escutas telefônicas clandestinas e ilegais realizadas, e ao Projeto de Lei 1.258/95 (propondo o estabelecimento de critérios para realização de interceptação ou escuta telefônica ("grampo"), para fins de investigação criminal ou instrução processual), estando, dessa forma, em análise e discussão em âmbito legislativo.

7.2. PACTO REPUBLICANO

Tendo como um dos objetivos principais o de fortalecer a proteção aos direitos humanos, dar maior efetividade à prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça, em treze de abril de 2009, foi firmado o Pacto Republicano nº2, assinado em consenso pelos chefes dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Tal documento preconiza a aceleração na aprovação de projetos de lei que alteram, de modo geral, o modo de atuação do Estado no tratamento com o cidadão, principalmente em assuntos que geram ampla discussão no campo doutrinário, político e social, e que deverão ser tratadas como matérias prioritárias, tais como: alteração da legislação penal para criar tipos penais referentes a crimes praticados por grupos de extermínio e milícias armadas; aperfeiçoamento do Programa de Proteção à Vítima e Testemunha; disciplina do uso de algemas; fortalecimento da Defensoria Pública e outras medidas de caráter modificativo das estruturas estatais que remontavam a uma lógica, muitas vezes, anterior a nova ordem constitucional brasileira, ou que a esta não estavam alinhada.

O destaque temático na abordagem realizada se faz em relação ao primeiro item de alteração proposto pelo Pacto Republicano, em sua segunda versão, faz alusão às interceptações telefônicas. Assim está disposto:

1 - Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais:

1.1 - Atualização da Lei no 9.296, de 1996, estabelecendo novas condições para o procedimento de interceptação telefônica, informática e telemática, objetivando evitar violação aos direitos fundamentais.

Apesar de ser um projeto político-jurídico ambicioso e com fortes intenções finalísticas, tendentes a dar maior efetividade e eficiência aos objetivos estabelecidos pela Constituição, notadamente na defesa dos direitos fundamentais e respeito à dignidade humana, o documento tratou de mais de cem alterações, sendo que até o ano de 2011, muito pouco se fez. Assim, a intenção política estabelecida em reunião realizada em março deste ano, entre membros dos três poderes, é dar maior concretude ao projeto da terceira versão do Pacto Republicano, com uma pauta menor e mais simples, que possa ser realmente cumprida, em menor tempo, pelas instituições estatais envolvidas.⁷⁹

⁷⁹Revista **Consultor Jurídico**, 1º de abril de 2011 <http://www.conjur.com.br/2011-abr-01/pacto-republicano-projetos-concretos-serem-cumpridos>.

8. CONCLUSÃO

O eterno conflito entre o direito à intimidade e o dever do Estado de garantir a segurança da sociedade dão colorido tom ao tema da interceptação telefônica. É compreensível que não se consiga definir, com precisão, quais são os limites desse meio de prova, pois, embora estabelecidos os parâmetros abstratos na lei, são inúmeras situações que necessitam do reforço de outros temas para precisar o âmbito de incidência da interceptação telefônica.

E dando mais substrato nesse embate suscitado pelos ganhos e perdas travados no seio do tema proposto, resta claro que há necessidade de melhor construir as estruturas jurídicas aptas a dar eficiência ao instrumento probatório de exceção constitucional, visto ainda presenciarmos o uso indevido e abusivo da utilização da interceptação telefônica para fins alheios ao pretendido, ligados a questões políticas, filosóficas, religiosas, passionais e econômicas.

Defendemos uma ampliação das hipóteses legais de interceptação, pois nos parece ser muito restritivo e deixando de lado espécies de crimes que seriam muito mais facilmente provados pela interceptação, às vezes sendo a única forma de prova, como no caso dos crimes contra a honra e o jogo do bicho.

Não obstante, se reafirma que os pressupostos legais para a realização da interceptação telefônica, se preenchidos regularmente, gerarão, indubitavelmente, uma prova válida para ser utilizada no processo penal.

No entanto, a grande celeuma se dá no tocante às eventuais interceptações telefônicas ilícitas, ou seja, realizadas em desconformidade com o exigido em lei. Mesmo sendo consideradas ilícitas, elas devem ser peremptoriamente descartadas? Entendemos que, em princípio, não.

Destacamos, nesse aspecto, a teoria desenvolvida por Günther Jakobs do chamado Direito Penal do Inimigo, pelo qual, o criminoso não deveria ser agraciado com os direitos e garantias fundamentais conferidos aos cidadãos comuns por ser justamente uma pessoa que atua à margem da sociedade.

Por essa teoria, poder-se-ia sustentar a utilização de interceptação telefônica ilícita como forma de acusar e condenar um criminoso perverso, daqueles que integram o crime organizado, reincidentes em fatos de extrema gravidade. Mas o problema dessa teoria é justamente se balizar em requisitos abstratos, pois, qual o

conceito de inimigo e quais os parâmetros aplicáveis? Por ser justamente concebido de forma abstrata e genérica é que Juarez Cirino dos Santos em razão das deficiências observadas na doutrina de Gunther Jackobs concluiu

..se o princípio de igualdade perante a lei é substituído pelo princípio da desigualdade legal, ou se as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do tipo de autor – aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social –, então o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial.⁸⁰

Descartada a incidência do Direito Penal do Inimigo, com o desenvolvimento do trabalho, se percebe que essencialmente o que define o limite do uso da interceptação telefônica ilícita são as peculiaridades do caso. A concretude da situação posta em confronto com os parâmetros abstratos é que dita a licitude ou não da prova.

Em razão disto, entendemos que o principal fator de acolhimento de uma prova ilícita é o uso do princípio da proporcionalidade ou mesmo a teoria da ponderação estabelecida por Robert Alexy, no conflito entre os direitos fundamentais de intimidade e segurança pública. São eles que materializarão a chave-mestre desse escorregadio sistema que patina ora em favor dos direitos individuais, ora pelo direito de punir do estado.

A nosso ver, a possibilidade do uso da interceptação telefônica ilícita, bem como de outras provas dessa natureza, deve considerar que ao lado das garantias individuais do réu existem também as mesmas garantias destinadas às vítimas e restante da sociedade, e nesse panorama, a tutela em favor de um destes implica na não proteção do outro.

Como argumenta Eugênio de Oliveira Pacelli:

no processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação de provas ilícitas, se considerada garantia absoluta, poderá gerar, às vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.⁸¹

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**, p. 20. Disponível na Internet: <http://www.icpcjur.com.br>. Acesso em: 07 dez. 2011.

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 314.

Por isso não se concebe agraciar com um garantismo absoluto àquele que abusa descaradamente dos seus direitos fundamentais para angariar benefícios mediante atividade criminosa.

Em consonância com o supracitado autor, temos a manifestação de Fernando Capez ao afirmar:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu auto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Nesse sentido, interessante acórdão do STF: 'A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interpretação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula de inviolabilidade do sigilo epistolar não pode construir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas' (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p.16649). A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, a qual, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais podem ser admitidas, seja para que fim for.⁸²

Com a defesa da possibilidade de valoração dos meios probatórios ilícitos voltados à acusação, não se estaria legitimando o uso irrestrito de tal medida, que seria última, somente em casos extremos, em que os direitos da vítima e da sociedade fossem evidentemente violados de forma muito mais elevada frente aos direitos do investigado, e que por outro meio não se pudesse comprovar o fato na sua concretude. Situações complexas que exigiriam medidas excepcionais por parte do Direito, balizadas por critérios de razoabilidade, mas que não comportariam em supressão dos direitos do acusado, somente a relativização de menor afetação de seu direito fundamental à intimidade.

⁸²CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.269.

Entende Antônio Scarance Fernandes que não se trataria da utilização do princípio em análise em detrimento da defesa ou acusação, mas uma análise individualizada a cada caso concreto, verificando se a decisão do uso da prova ilícita, ferindo o direito do acusado é necessária, adequada e justificável em razão dos valores que sua utilização poderia trazer no processo.⁸³

Ainda, o mesmo autor afirma, ainda, sobre o assunto:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.⁸⁴

Seria prudente, ainda, criar um sistema probatório que fosse flexibilizado conforme a gravidade e espécie do crime e também considerando a condição de periculosidade do agente em concreto, ou seja, os riscos que sua atuação delitiva traz à sociedade. Congregando, como exemplo, as três velocidades do Direito Penal num mesmo sistema penal. E nisso há forte inspiração na teoria da proporcionalidade, especialmente no campo de aplicação das provas. Inclusive, essa proposta se inspira na teoria das velocidades do Direito Penal, apresentada por Jesús-Maria Silva Sánchez, pela qual, compreende-se que existe um Direito Penal que, embora seja uno, comporte blocos distintos de ilícitos e de tratamentos diversos:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direito, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado "penal" dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.⁸⁵

Segundo o autor seriam de 1^a velocidade os crimes que sejam punidos com pena privativa de liberdade; de 2^a velocidade os crimes sem pena privativa de

⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: ed. RT, 2003, p. 95.

⁸⁴ idem, p. 89.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 145.

liberdade, ou seja, aplicam-se sanções próximas às administrativas; e por fim, de 3ª velocidade, que inclui a privação de liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais.

Frisa-se que não seria a utilização específica do conteúdo da teoria do supramencionado doutrinador espanhol, mas apenas uma demonstração de que, ao menos ideologicamente, é possível tentar dividir o direito penal em feixes de abrangência diferenciados, cada qual com específicas peculiaridades dirigidas (objetivos, objeto, garantias, remédios protetivos, técnica legislativa, prazos, validação probatória, dentre outras características diferenciadoras de cada bloco).

Por outro lado, infere-se que a humanidade está dando saltos tecnológicos evolutivos de forma acelerada, como nunca ocorreu anteriormente na história. E é preciso que a legislação acerca da interceptação telefônica acompanhe esse desenvolvimento, adaptando-se às novas formas de comunicação.

E não é só. Não bastam somente adequações legislativas. É preciso aparelhar e aperfeiçoar os órgãos incumbidos de investigação, como as instituições policiais e o Ministério Público, especialmente em razão dos equipamentos postos à disposição dos particulares, que tem por fim justamente burlar esse tipo de investigação e que estão à disposição para uso muito anteriormente do que o truncado sistema de aquisição de tecnologias pelo Estado, deixando os órgãos incumbidos pela persecução criminal um passo atrás do crime estabelecido.

Logo, o Estado deve sempre buscar atualização dos seus meios materiais de investigação, pois é notório que os criminosos, organizados ou não, sabem se precaver diante das manobras invasivas, por pode antever os passos dos órgãos de investigação, em função de não economizar esforços e finanças para investir em meios de contraprova.

Assim, uma maior especialização dos órgãos estatais responsáveis pela investigação é atitude necessária e o condizente aparelhamento para realização de interceptação de comunicações é a melhor forma, senão a única em alguns casos, de combater, de forma eficiente, o crime.

Ademais, como dito anteriormente, consideramos prudente uma revisão nos requisitos para o deferimento da quebra da comunicação telefônica, especialmente permitindo o uso da mesma para crimes que não são apenados com reclusão, pois em muitos destes que não são apenados dessa forma, a interceptação telefônica pode ser o único meio de prova disponível à vítima para comprovação de sua

ocorrência, como nos crimes de difamação, injúria, calúnia, ameaça e constrangimento ilegal. Aliás, tal pretensão consta expressamente no Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal⁸⁶.

Posto isto, cremos ser mais eficiente a criação parâmetros para o uso da interceptação telefônica com requisitos não totalmente estáticos, ou seja, que possua dinâmica frente aos fatos criminosos praticados.

Concluimos que o meio de prova “interceptação telefônica” não é em si um problema, mas uma ferramenta útil e eficaz no combate a criminalidade organizada, que tanta lesividade traz ao bom convívio humano e social, quando bem utilizado.

O maior problema está na falta de uma legislação precisa, que abarque com clareza os requisitos, pressupostos e a instrumentalidade a servir como condutor das práticas investigativas e processuais. Que limite os abusos e desvios do vazamento e banalização de interceptações que não respeitem as regras de exceção aptas a permitir o Estado invadir a esfera de intimidade do cidadão.

Além disso, há necessidade de um controle de política interna dos órgãos responsáveis pelo *persecutio crimininis*, dada a peculiaridade no manejo de tal instituto probante, que os tornam focos da preocupação na utilização irregular ou ilícita das interceptações telefônicas, necessitando, assim, em sanções efetivas de ordem administrativa e civil, não apenas de cunho penal.

Finalmente, propomos o estabelecimento de um melhor controle do acesso à informação dos órgãos de imprensa às informações sigilosas obtidas através da realização das interceptações telefônicas, sopesando os interesses nítidos em evidência, os quais sejam os de garantia aos de direitos de acesso à informação, ao exercício profissional, à intimidade e o da plena efetivação da justiça.

⁸⁶“Art. 235. A interceptação de comunicações telefônicas não será admitida na investigação ou instrução processual de infrações penais cujo limite mínimo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, salvo:

I – quando a conduta delituosa for realizada exclusivamente por meio dessa modalidade de comunicação;

II – no crime de formação de quadrilha ou bando”

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ed Ratio Juris, vol. 16, nº 2, 2003.

ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues. **Crimes de Informática e seus aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **O Direito de Estar Só: Tutela da Intimidade**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed. São Paulo: Método, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Günter Jakobs**, Manuel Cancio Meliá; Organização e tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. **KriminalisierungimVorfeldeinerRechtsguyverletzung**, ZStW 97 (1985), p. 83 e s., apud André Estefam. **Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

JAKOBS, Günther. **Burgerstrafrecht**, HRRS, março de 2004, p. 88 e s., apud André Estefam. **Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal, estudos e pareceres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JESUS, Damásio de. **Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296/96**, RT. 735/458.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamento da Instrumentalidade Constitucional**. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria Geral da Prova no Processo Penal. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. Campinas: Ed. Bookseller, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário & Direito a Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. P. 12. Disponível na Internet: <http://www.icpcjur.com.br>. Acesso em: 07 dez. 2011.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

TALAMINI, Eduardo. **A prova emprestada no processo civil ou penal**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1998, n. 91.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A Ilícitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Revista **Consultor Jurídico**, 1º de abril de 2011 <http://www.conjur.com.br/2011-abr-01/pacto-republicano-projetos-concretos-serem-cumpridos>

Câmara Federal <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/106903.html>- Projeto disciplina uso e divulgação de escuta telefônica>