

**JOSÉ DO VALE FILHO**

**PROVA ILÍCITA - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

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

**Orientador: Prof. Nilton Bussi**

**CURITIBA  
2002**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**JOSÉ DO VALE FILHO**

### **PROVAS ILÍCITAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:  Prof. Nilton Bussi  
Departamento de Penal e Processo Penal, UFPR

Prof.<sup>a</sup> Bianca Georgia Cruz Arenhart  
Departamento de Penal e Processo Penal, UFPR

Prof. Juliano Breda  
Departamento de Penal e Processo Penal, UFPR

Curitiba, 05 de novembro de 2002

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. DA PROVA</b> .....	4
2.1 Devido Processo Legal.....	4
2.2 Processo penal garantista.....	8
2.3 Conceito de prova.....	11
2.4 Meios de Prova e seus momentos no processo penal.....	13
<b>3 PROVAS ILÍCITAS</b> .....	17
3.1 Generalidades.....	17
3.2 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.....	18
3.3 A teoria da proporcionalidade.....	22
3.4 A teoria da proporcionalidade em benefício do acusado.....	23
3.5 A prova ilícita por derivação. ....	26
<b>4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b> .....	30
4.1 Generalidades.....	30
4.2 Regime anterior à Constituição Federal de 1988.....	31
4.3 A Lei 9296/96. ....	34
4.4 Competência.....	37
4.5 Requisitos.....	38
4.6 Procedimento.....	41
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49
<b>ANEXO</b> .....	51

## RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas frente à possibilidade da quebra desse sigilo, através de uma interceptação telefônica e a sua utilização como prova na investigação criminal ou no curso do processo penal. Verificar a regulamentação dispensada a essa matéria no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplinou a interceptação telefônica a nível infraconstitucional. Fazer uma análise das chamadas provas ilícitas, diante da opção do legislador constituinte pela expressa proibição de qualquer prova que no momento de sua colheita afronte direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, inc. LVI, da Lei Maior, que dispõe: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*” Foi dada ênfase a questão da teoria da proporcionalidade e das denominadas provas ilícitas por derivação, abordando a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, segundo a qual o defeito da planta se transmite a todos os seus frutos, adotada conforme entendimento dominante no Pretório Excelso, tomando por base a orientação adotada pela Suprema Corte norte-americana, “fruits of poisonous tree”. Destacou-se, também, o princípio do devido processo legal. Foram observados aspectos históricos e sua atual importância no ordenamento jurídico pátrio. Há a necessidade de uma releitura dos dispositivos processuais penais orientados pelos valores de um Estado Democrático de Direito, consubstanciados na “Lex Fundamentalis”. O processo penal deve ser instrumento de salvaguarda dos direitos do acusado, mormente da sua presunção de inocência que somente será vencida após uma sentença condenatória transitado em julgado, e de legitimação da Jurisdição, a qual busca o processo justo, respeitando os direitos fundamentais.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema proposto nesta monografia é um dos mais controvertidos e instigantes no âmbito do Direito Processual Penal.

Com frequência, verifica-se na imprensa a veiculação de matérias que versam sobre fraudes, desvio de verbas públicas, gravação de conversas entre mandantes de crimes e suas quadrilhas, na maioria das vezes descobertas através de meios eletrônicos de captação de conversa, mormente através dos chamados "grampos" telefônicos.

A utilidade dessas gravações no processo penal como meios de prova contra o acusado pode suscitar dúvidas, pois, em tese, teria ocorrido a violação de sua privacidade, uma garantia com "status" constitucional, sem se olvidar que esses expedientes mostram-se um valioso recurso nas investigações policiais, mormente nos crimes de extorsão mediante seqüestro.

A questão das interceptações telefônicas traz à baila importantes considerações.

O cotidiano das pessoas, a todo momento, é modificado por novas tecnologias, cite-se a telefonia celular, a comunicação de informações via computador, entre outras. Tais acontecimentos reclamam atualização nas legislações pertinentes para efetivar materialmente o direito à intimidade e afastar uma sensação de insegurança que atinge a sociedade, mesmo àqueles que nada têm a temer, enfrentam um receio natural da possibilidade de sua privacidade ser "bisbilhotada" e manipulada em seu desfavor.

Por outro lado, nos dias atuais, verifica-se o crescimento da criminalidade em proporções jamais vistas, principalmente aquela organizada, que não encontra uma reação eficiente por parte da autoridade instituída.

Concomitantemente, a sociedade tem sido alvo de uma mídia sensacionalista, a qual banaliza e dramatiza a vida humana, proporcionando,

inclusive, espaço a aparição de "oportunistas", pessoas quase sempre sem conhecimento de causa e com objetivos incertos, que elegem soluções inconstitucionais e inócuas como: restrição dos direitos fundamentais, pena de morte, pena perpétua, presença das Forças Armadas nas ruas, etc., porém, de fácil assimilação pela população inflamada por esse discurso.

Nesse diapasão, o tema proposto encontra relevância, pois cabe ao Estado no combate àqueles que se alinham às fileiras do crime demonstrar cabalmente, através de órgãos criados para essa finalidade, a necessidade de uma reprimenda penal, fundamentada em uma atividade probatória inatacável, legalmente regrada e rigorosamente efetuada de acordo com os preceitos constitucionais.

Esse trabalho visa tratar do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas frente à possibilidade da quebra desse sigilo, através de uma interceptação telefônica e a sua utilização como prova na investigação criminal ou no curso do processo penal.

Para tal mister, inicialmente, foi abordado o princípio do devido processo legal e as questões concernentes ao processo penal garantista.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, cumpriu salientar a teoria da prova, passando pela sua conceituação, os meios de prova e seus momentos no processo penal.

Já no capítulo três, foi analisada a questão das provas ilícitas, diante da sua inadmissibilidade no processo nos termos do art. 5º, inc. LVI, do Texto Magno. Tratou-se, ainda, da teoria da proporcionalidade e das chamadas provas ilícitas por derivação, abordando a "teoria dos frutos da árvore envenenada", oriunda da Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o defeito da planta se transmite a todos os seus frutos, "fruits of poisonous tree".

Finalmente, no capítulo das interceptações telefônicas, foi verificado o regramento dispensado à matéria anteriormente à Constituição de 1988 e seu regime atual, inclusive, abordando a Lei nº 9.296, de 24/07/1996, que regula a

matéria a nível infraconstitucional. Sua pormenorizada disciplina é fundamental, pois a liberdade probatória deve ter limites na dignidade da pessoa humana e no respeito de seus direitos fundamentais.

## 2. DA PROVA

### 2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

É um princípio de fundamental importância que surgiu na história da humanidade com o objetivo de evitar arbitrariedades por parte daqueles que detinham o poder.

Alguns autores apontam a primeira aparição da cláusula "due process of law", "ipsis litteris", no "Statue of Westminster of the Liberteis of London", que teria ocorrido em 1354, lei aprovada pelo parlamento inglês, sob o reinado de Eduardo III.

No entanto, num período anterior na própria Inglaterra, em 1215, o rei João Sem Terra foi obrigado a concordar com os termos de declaração de direitos apresentada pelos barões feudais insatisfeitos com sua forma de governo absolutista, caracterizado por tributação excessiva e traços de tirania. Neste documento, a "Great Charter", foi incorporada a cláusula "Law of the land", ou seja, a lei da terra, conforme o direito baseado nos costumes da "common law", onde todos devem respeito às leis, independente de sua riqueza, e qualquer homem livre para perder a liberdade ou ter seus bens confiscados, necessariamente passaria por um julgamento justo, de acordo com a lei da terra.

Apesar de não trazer expressamente a fórmula "due process of law" os autores entendem que aqui está consagrado teor idêntico, sendo considerada como a origem desse princípio. É importante ressaltar que se tratou apenas de uma carta feudal que protegia privilégios de uma classe muito restrita, ou seja, dos barões e dos homens livres, longe de ser a carta das liberdades nacionais.<sup>1</sup>

Anterior à Declaração de Independência dos EUA surge a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 12/01/1776, uma das treze colônias inglesas na América. É a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 152.

Surgem aqui os princípios que irão revelar uma nova ordem pública, apegada a liberdades de crenças religiosas e de ideologias, ao tratamento igualitário dispensado pela lei, de proteção à intimidade e a propriedade dos indivíduos em detrimento do poder estatal e das arbitrariedades do rei. Enfim buscava-se um governo democrático, com um sistema de limitação dos poderes.<sup>2</sup> Esses valores foram as primeiras balizas ao princípio do devido processo legal, que orientam um processo garantista dos direitos do acusado, que deve vencer a sua presunção de inocência dando-lhe possibilidade de ampla defesa. Aspectos que vêm sendo reproduzidos, desde então em todas as legislações que primam por dar guarida aos direitos fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte francesa, em 27/08/1789, segundo alguns autores sofreu influência da Declaração de Virgínia, malgrado terem sido ambas fruto de ideologias que postulavam a liberação do homem frente às regras do absolutismo. Mas a Declaração em comento inovou por postular valores universais, os quais não deveriam ficar limitados a um país. No que diz respeito ao seu título, José Afonso da Silva ressalta que:

...dá a impressão que contém dois tipos de direitos: Direitos do Homem e Direitos do Cidadão, que seriam distintos. Os primeiros, de caráter pré-social, concernentes ao homem independentemente de sua integração em uma sociedade política (...) os segundos são direitos que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei...<sup>3</sup>

Com efeito, foi nos Estados Unidos que o devido processo legal teve uma efetiva teorização desenvolvida a partir de sua jurisprudência, inclusive alargando seu significado de processo estritamente legal para um sentido substantivo, "substantive due".

Neste sentido, os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e a racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência se evidenciado sua arbitrariedade, ou seja, quando não for consentâneo

---

<sup>2</sup> SILVA, J A, op. cit., p. 154.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 157.

com a *Law of the land* ou com o *substantive due process*. Isso quer dizer que o Judiciário pode fulminar lei ou ato administrativo que carecer de uma justificação racional e que não esteja devidamente fundamentado em uma real necessidade. Assume, assim o Judiciário americano, grande relevância no controle de atos do Executivo e do Legislativo, cabendo-lhe o poder de dizer what the law is e rejeitar a lei ou ato contrário à *law of the land*, ou seja, que não preencher os requisitos da razoabilidade.<sup>4</sup>

Atualmente, esse princípio, em sentido lato, caracteriza-se pela proteção da vida, da liberdade e da propriedade, ou seja, protege os bens da vida das pessoas, como uma possibilidade efetiva de ter acesso à justiça, deduzir sua pretensão e contar com uma defesa ampla. Em outras palavras significa ter o "his day in court", conforme denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

No ordenamento jurídico pátrio, a garantia do "due process of law" legitima a atuação do Estado que impõe uma reprimenda, apenas através de um processo, conforme a regra "nulla poena sine iudicio". Vale dizer, somente em casos excepcionais alguém poderá ser privado de sua liberdade. Deverá haver para tanto provas contundentes para vencer a presunção de inocência do réu, admissíveis somente pelos meios legais de convencimento, não sendo admitida qualquer violência ou desrespeito de seus direitos fundamentais.

A Constituição, no inc. LIV do art. 5º, assevera: "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Para BIZZOTTO e RODRIGUES a dicção desse dispositivo pode ser entendida num sentido mais restrito, onde esse princípio "se traveste da não aceitação de qualquer situação que contrarie as garantias da relação processual estabelecida entre os sujeitos interessados, acusação e defesa, figurando o juiz no vértice da relação angular."<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. CARVALHO, p. 70.

<sup>5</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo Penal Garantista**. Goiânia: AB Editora, 1998. p. 19.

O princípio, ora analisado, traz ao ordenamento jurídico limites para a atuação dos operadores do direito, que não devem prescindir dos valores consubstanciados na Constituição. Desta forma, o devido processo legal pode ser identificado como um "freio constitucional" a procedimentos que afrontem o sistema democrático.<sup>6</sup>

Sustenta BULOS que: "No sentido proposto pelo constituinte de 1988, o devido processo serve para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade. Por isso, ele é mais do que um princípio. É, na realidade, um sobreprincípio, porquanto constitui o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais repousam."<sup>7</sup>

Nessa perspectiva, CARVALHO identifica a importância prática da aplicação do devido processo legal, que é discutir à luz dos ditames constitucionais "a conveniência das custódias corporais cautelares, como as prisões temporária, preventiva, provisória, decorrente de flagrante e de sentença condenatória. A manutenção destas formas de prisão só se admite no limite exato do princípio do devido processo legal. Tudo que exceder a esta medida se afigura inconstitucional e deve ser rejeitado pelos tribunais."<sup>8</sup>

Ainda, este princípio propugna por um adequado processo, ou seja, que proporcione o contraditório, a igualdade das partes e a ampla defesa.

Logo, o Estado deve dar ao acusado, narrando claramente todos os fatos, o conhecimento da acusação que lhe cai sobre os ombros para que possa rebatê-la.

Implica, ainda, em proporcionar uma efetiva defesa, através de defesa técnica de defensor constituído ou dativo, àquele que senta no banco dos réus, que quase sempre é detentor de precárias possibilidades econômicas, não podendo fazer oposição a todo o aparato estatal investigatório, que se vale de diligências e perícias de sua polícia científica. "O sistema processual penal, ao contrário do processo civil, que versa sobre direitos em sua maioria disponíveis,

---

<sup>6</sup> BIZZOTTO A.; RODRIGUES A. B., op. cit., p. 18.

<sup>7</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. O Livre Convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n.12, p. 184-198, 2000. p. 191.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 76.

exige a efetiva contrariedade à acusação, como forma de atingir os escopos jurisdicionais, tarefa que só é possível com a absoluta paridade de armas conferidas às partes."<sup>9</sup>

Por fim, cabe salientar que no primeiro momento o princípio do devido processo legal se revestia de caráter de fonte dos valores que limitavam a atuação do Estado. Hodiernamente, houve a disposição expressa de um rol de garantias no texto constitucional, que ganharam vida própria, dentre eles o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a publicidade, a motivação, o juiz natural, delimitando o seu campo de atuação, sem desprezar sua atuação genérica.<sup>10</sup>

## 2.2 PROCESSO PENAL GARANTISTA

Modernamente, o processo penal tem seus dispositivos interpretados a partir da Constituição Federal de 1988. Assim se informando dos princípios, dos direitos e garantias fundamentais ali elencados, que retratam um compromisso assumido das conquistas da sociedade como um todo, num determinado ambiente social e cultural.

Torna-se, assim, garantista, pelo acatamento desses novos valores, que privilegiam a dignidade humana, a ampla oportunidade de defesa, enfim o devido processo legal.

Nesse diapasão, é assegurado ao acusado, também no que diz respeito ao suspeito e ao indiciado, a manutenção de sua liberdade e da presunção de inocência que os acompanham até o momento em que o próprio Estado demonstre, cabalmente, através de um órgão instituído para isso, a necessidade do cerceamento de sua liberdade, em caráter cautelar ou decorrente de uma sentença transitada em julgado.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 28.

<sup>10</sup> BIZZOTTO A.; RODRIGUES A. B., op. cit., p. 18-19.

<sup>11</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos Éticos do Devido Processo Legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 144.

Essa nova perspectiva no trato processual mitigou os traços de autoritarismo facilmente encontrados no Código de Processo Penal que veio a lume em 03/10/1941, através do Decreto-Lei 3689, em pleno Estado Novo, período caracterizado pela grande intervenção do Estado no âmbito privado. Era um momento histórico, onde se propugnava a primazia do aparato estatal em detrimento do parco rol de garantias do acusado. Expediente que não encontra eco "no Estado democrático de direito, no qual os julgamentos criminais somente podem ser considerados legítimos se fundados em provas concludentes e capazes de superar a presunção de inocência do acusado."<sup>12</sup>

Tem-se sedimentado que o Direito, como sistema, adota a supremacia constitucional, de onde provém o controle de constitucionalidade de todas as normas jurídicas, inclusive dos dispositivos do processo penal que neste momento, tornam-se instrumento de legitimação da Jurisdição. Esses preceitos garantidores não se encontram necessariamente expressos no texto da Lei Maior. Pode permanecer sob a égide de uma fórmula genérica, de acordo com a regra do § 2º do art. 5º, da CF: "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*"

Com efeito, as normas jurídicas apresentam-se hierarquizadas dentro do sistema que compreende o ordenamento jurídico de um Estado. No topo, encontram-se os princípios, que dão sustentação e validade lógica à estrutura, que pode ser concebida como uma pirâmide, a partir da teoria Pura do Direito formulada por Hans Kelsen. Por conseqüência, no ápice do arcabouço jurídico reside a norma constitucional legitimada pela "grundnorm", a norma fundamental, que estabelece obediência à Constituição para todos os demais dispositivos legais.

Para Luiz Flávio Gomes dentro do Estado Democrático de Direito surge o Estado Constitucional de Direito: "A mais extraordinária inovação do Direito

---

<sup>12</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13.

contemporâneo (...) que significa, numa primeira aproximação, 'direito sobre o direito', isto é, até mesmo a produção das normas está sujeita a uma série de vínculos e de limites superiores, que são os estabelecidos pelo Poder Legislativo originário."<sup>13</sup>

E para haver uma função de garantia do direito (o direito como limite do próprio direito), prossegue o douto professor expondo que, além da validade da norma dada pelo positivismo jurídico de KELSEN, que obedece à forma estabelecida na lei, deve ser questionado o seu aspecto substancial, assim a "compatibilidade com as normas e princípios constitucionais, é dizer, com os valores eleitos para reger a sociedade. Uma lei só é válida, em suma, quando seu conteúdo está em consonância com a Constituição."<sup>14</sup>

O processo penal deve ser um instrumento de garantia na solução de conflitos sociais que lhe dizem respeito, pois protege os bens e valores mais importantes na sociedade, tais como a vida, a liberdade, os costumes e a intimidade. É através dele que o Estado instrumentaliza o "ius puniendi" e efetiva um de seus fins essenciais que é a manutenção e reintegração da ordem.

A marcha processual deve ser organizada e metódica, havendo a notícia de um fato, que em tese constitua um ilícito penal, surge um conflito de interesses entre o direito-poder de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. Essas formalidades, impreterivelmente, serão as salvaguardas do réu e condições indispensáveis para alcançar um processo penal justo.<sup>15</sup>

A finalidade do processo é dar a adequada solução jurisdicional a este conflito, "através de uma seqüência de atos que compreendem a formulação da acusação, a produção de provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide."<sup>16</sup>

O processo penal garantista se efetiva quando se dá a máxima proteção aos cidadãos ao lado de uma atuação estatal compatível com os princípios constitucionais

---

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 113

<sup>14</sup> GOMES, **A Dimensão...** p. 115.

<sup>15</sup> SUANNES, op. cit., p. 138

<sup>16</sup> CAPEZ, op. cit., p. 03.

fundamentais.<sup>17</sup> Busca-se, assim, o "fair trial", ou seja, o processo justo e adequado que implica: "na idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua visão dos fatos. Mais: que na instrução do feito sejam observados certos cuidados que dizem respeito à dignidade do ser humano."<sup>18</sup>

GRINOVER, aludindo quanto à produção de provas, salienta que:

Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional. Assim se explica, como foi agudamente observado, a estreita conexão entre o regime da prova e as garantias constitucionais, uma vez que é exatamente no terreno da prova que a interação das garantias encontra efetiva aplicação.<sup>19</sup>

Portanto, dentro do processo penal orientado por preceitos do sistema constitucional a prova reveste-se de grande importância e ocupa local de destaque.

### 2.3 CONCEITO DE PROVA

O vocábulo prova pode ser usado em diversos sentidos.

Num sentido comum, conforme alude GRECO FILHO: "é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém."<sup>20</sup>

No processo, segundo CAPEZ prova significa:

O conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> BIZZOTTO A.; RODRIGUES A. B., op. cit., p. 11.

<sup>18</sup> SUANNES, op. cit., p. 133.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. **O Processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 55.

<sup>20</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 174.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 239.

Ainda, no que diz respeito ao conceito de prova salienta ARANHA que: "em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar a verdade. A verdade chega à inteligência humana através de um meio de percepção. Destarte, a prova pode ser entendida como todo meio usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade."<sup>22</sup>

A finalidade da prova é dar convicção ao julgador, que busca através dela a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Em suma:

A função da prova é essencialmente demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe. É, portanto, uma tarefa reconstrutiva, uma missão histórica do juiz, como sabiamente afirmado por Dellepiane. Há uma profunda analogia entre a missão do juiz e a do historiador, pois ambos reconstróem e interpretam fatos pretéritos. Logo, o objeto da prova é um só: a demonstração em juízo de um fato perturbador ou violador de um direito."<sup>23</sup>

Chega-se a uma verdade processual, fruto de uma produção probatória que deve estar de acordo com o ordenamento jurídico. Com efeito, sustenta GRECO FILHO que: "Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível' mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado".<sup>24</sup> Prossegue, ainda, o douto professor fazendo remissão a LIEBMAN:

Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos).<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5.

<sup>23</sup> ARANHA, op. cit., p. 5.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 174.

<sup>25</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano, 1973. 3. v. Apud GRECO FILHO, op. cit., p. 174.

### 2.3 MEIOS DE PROVA E SEUS MOMENTOS NO PROCESSO PENAL

Os meios de prova são tudo aquilo que pode ser utilizado para pesquisar ou demonstrar a verdade no processo. As partes devem se valer de instrumentos aptos para demonstrar a existência ou inexistência de um fato, o qual provado, servirá para convencer o espírito do julgador. Como exemplo: a perícia, os reconhecimentos, os depoimentos, etc.

O Código de Processo Penal disciplina essa matéria, elencando os seguintes meios de prova: o exame de corpo delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as perguntas ao ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos e a busca e apreensão. Essa enumeração não é taxativa, portanto, podem as partes utilizar outros meios, desde que não contrariem o ordenamento jurídico. Assim, nada impede a utilização de fotos, filmes, gravações ou qualquer outro meio idôneo, técnico ou científico, que possua suficiente desenvolvimento tecnológico para apontar uma certeza quanto às suas informações.

Por outro lado, pode a lei estabelecer uma única forma para provar um determinado fato. Dispõe o art. 155, do CPP: "*no Juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil*". Logo, o casamento, a morte, o parentesco, a idade, se provam mediante as respectivas certidões.

Desta forma, a liberdade probatória está adstrita a limitações. Num primeiro momento, como foi visto, existe uma formalidade legal necessária para determinadas situações. A par disso, é aceita a classificação dos meios de prova em lícitos e ilícitos, porque admitidos ou contrários ao ordenamento jurídico. Porquanto, apenas os primeiros devem produzir efeitos no convencimento do juiz. Corroborando esse pensamento, Guilherme de Souza Nucci aduz:

Saliente-se que no âmbito dos meios ilícitos não estão somente os proibidos expressamente pela lei, mas também todos aqueles que forem considerados imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade ou à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, portanto, contrários aos princípios gerais de direito. Não é outro o magistério de Ada Pellegrini Grinover: 'a prova

será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material.<sup>26</sup>

Atualmente, é clara a necessidade de novos meios de prova para fazer frente a uma criminalidade transnacional, globalizada, que desfruta de tecnologias de ponta nas suas empreitadas delitivas. Entretanto, a aquisição de novos instrumentos investigatórios para rebater esse seguimento do crime, somente, poderão ocorrer através da atualização da legislação pertinente, privilegiando o princípio da legalidade na atividade probatória.

Não obstante, o Estado deve atingir tal desiderato de forma comedida à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Se de um lado esse grande manancial de informações pode servir a uma mais exata apuração da verdade, por outro também é maior o risco de que as eventuais distorções da realidade, nesse tipo de prova, não sejam percebidas pelo juiz, pelas partes, ou pela sociedade. Como sublinhou Denti, o progresso da ciência não garante uma pesquisa imune a erros e seus métodos, aceitos pela generalidade dos estudiosos em um determinado momento, podem parecer errôneos no momento seguinte.<sup>27</sup>

No Brasil foi editada a lei 9.296/96 para regulamentar a questão da interceptação telefônica, onde se admitem meios eletrônicos de captação da prova, constituindo-se numa nova fonte através de uma operação técnica rigorosamente disciplinada.

A documentação resultante desse expediente deve certificar todas as etapas desenvolvidas, fazendo-se juntada da gravação obtida, em meio magnético, possibilitando a reprodução sonora do que foi captado, mais a sua degravação, ou seja, a transcrição do que foi falado para a forma escrita. Por óbvio, havendo a contestação por uma das partes desse meio de prova, caberá à perícia confirmar a veracidade da alegação, verificando a possibilidade de fraude na fita, ou ainda, caso o suspeito não reconheça a voz como sua, executar comparações do espectograma de sua voz com o padrão da interceptação resultante das investigações.

---

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão com meio de prova no Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997. p. 59.

<sup>27</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 155.

Cabe salientar que as provas têm momentos específicos no processo, os quais devem ocorrer em marcha uníssona com o princípio do devido processo legal.

Inicialmente, a fase do seu requerimento pelas partes. Para acusação, em princípio, na denúncia ou queixa, e para a defesa, na defesa prévia. Após passa por um juízo de admissibilidade, ato personalíssimo do magistrado que defere ou não a sua produção.

Na valoração, todas as provas lícitas e legítimas que perfazem o conjunto probatório servem para o convencimento do juiz que julga motivadamente, art. 93, IX, da Constituição, e nos limites do pedido, ou seja, o réu não pode ser surpreendido com uma condenação por fato diverso daquele que consta na petição inicial, denúncia ou queixa.

Além disso, deve haver estrito cumprimento da lei na atividade probatória, o que significa dizer que no momento de sua colheita não pode ocorrer afronta às garantias constitucionais de qualquer cidadão, sob pena de se ver contaminado de ilicitude tudo o que possa dali surgir.

Faz-se indispensável deixar consignada, a necessidade de uma efetiva preparação técnica para a colheita das provas na fase policial. É no calor dos acontecimentos a melhor oportunidade para se alcançar provas esclarecedoras, qualquer erro aqui pode comprometer toda a investigação e tornar a persecução criminal inócua.

No que diz respeito às deficiências da Polícia na feitura das provas, Álvaro Lazzarini assevera:

Inicialmente quero afirmar que a velha máxima: 'a Polícia prende e a Justiça solta' é um argumento enganoso, pois não revela a verdade por inteiro, cabendo perguntar: por que a Justiça solta? A resposta é simples: solta porque houve extinção da punibilidade, prescrição, insuficiência de provas, ilegalidade na feitura das provas e outros vícios originários da fase policial, ferindo os direitos do acusado que, irremediavelmente, terá de ser inocentado. Eis aí a impunidade como fruto do trabalho policial deficiente.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. Sist. Rui Stoco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 85.

Destarte, deve haver a correta preservação dos locais de crime para a perícia, bem como o adequado manuseio nos objetos que evidenciam uma infração. Essas provas são coletadas por peritos criminalísticos. A rigor, ocorrem fora do processo e tem a finalidade de instruir o inquérito policial, que "é o instrumento formal de investigações. É peça informativa, compreendendo o conjunto de diligências realizadas pela autoridade para apuração do fato e descoberta de autoria"<sup>29</sup>. Sua principal finalidade é servir de base para a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público, seja nos crimes de ação penal pública ou de ação penal privada.

---

<sup>29</sup> GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial: inquérito**. 7. ed. rev. aum. Goiânia: AB Editora, 1998. p. 7-8.

### 3 PROVAS ILÍCITAS

#### 3.1 GENERALIDADES

O tema abordado não possui uma tratativa unânime. Os autores utilizam-se de expressões tais como: prova proibida, proibições probatórias, prova ilegal, prova ilegalmente obtida, etc.

RABONEZE adota a terminologia empregada pelo mestre italiano Pietro Nuvolone: "Sem embargo, parece que a melhor doutrina é a de NUVOLONE, com a noção de prova vedada ou ilegal, como gênero, tendo a prova ilícita e ilegítima como subespécies. Neste sentido, a prova é vedada, sempre, quer em sentido absoluto, quer em sentido relativo, quando contrariar uma norma legal específica ou a um princípio de direito positivo."<sup>30</sup>

Deste modo, a prova ilegítima é aquela que fere a norma de direito processual, ou seja, sua produção está em desconformidade com a forma prevista nas normas processuais. Exemplo é o laudo pericial elaborado por um único perito oficial, quando são previstos dois, art. 159, do CPP. A ofensa manifesta-se no momento da introdução da prova no processo e a sanção correspondente a cada transgressão, está na própria lei aditiva.

Ao passo que, a prova ilícita é aquela que fere norma de direito material, via de regra infringindo direitos constitucionais fundamentais, como o direito de personalidade e mais especificamente o direito à intimidade. Pode-se citar como exemplo dessa modalidade a escuta telefônica sem autorização judicial, ou, ainda, uma busca e apreensão realizada ao arrepio da lei, que resulta na violação da garantia constitucional à inviolabilidade do domicílio. A ofensa, aqui, ocorre no momento da

---

<sup>30</sup> NUVOLONE, Pietro - *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino* - In riv. Dir. Proc., Vol. XXI, 1966, p. 443 a 475. "Apud" RABONEZE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. 3. ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 15.

obtenção da prova, algo exterior ao processo. Pondera AVOLIO que:

A prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direito e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias.<sup>31</sup>

### 3.2 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Na dicção do art. 5º inc. LVI, da Carta Maior, que dispõe: "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*". Temos a opção do legislador constituinte orientada por valores de proteção da liberdade pública, onde a eficácia da persecução criminal atua limitada, circunscrita ao respeito das garantias individuais. Essa vedação expressa é fruto de um período de transição de um regime autoritário para uma incipiente democracia.

O ordenamento jurídico brasileiro, antes do advento da CF de 1988, não possuía: "qualquer regra impeditiva de se produzir em juízo prova obtida através de transgressões a normas de direito material."<sup>32</sup>

Aliás, em algumas situações, as provas eram aceitas no processo, mesmo que tivesse ocorrido afronta a lei material, impondo-se a punição ao infrator pela transgressão contida no momento da obtenção da prova. Era o caso do agente policial que realizava uma busca domiciliar sem o mandado judicial. Nestas ocasiões, o produto do crime, "res furtiva", serviria de prova no processo, e o agente ficaria sujeito as sanções do crime de abuso de autoridade.

---

<sup>31</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44.

<sup>32</sup> TOURINHO-FILHO, Fernando Da Costa. **Processo Penal**. 20. ed., v. 1, rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 61.

Essa fase era fundada num exacerbado apego à busca da verdade real e numa parca consciência dos valores atinentes às liberdades públicas.<sup>33</sup>

Mesmo porque o Brasil acompanhava as correntes de pensamento da época que se espalhavam na jurisprudência e doutrina de diversos países, as quais partiam de pressupostos diferentes, mas professavam a utilização da prova obtida ilicitamente no processo.

Na Itália, era consagrado o axioma "male captum, bene retentum", mal colhida, porém bem produzida. Acrescenta AVOLIO que entre os alemães se "reputava eficaz a prova ilicitamente obtida sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis."<sup>34</sup>

Hodiernamente, á luz dos modernos princípios constitucionais, entre os quais a intimidade, chegou-se ao convencimento do afastamento da prova ilícita do processo.

Assevera TOURINHO FILHO:

É bem verdade que no direito comparado vamos encontrar duas posições diametralmente opostas: a da admissibilidade e a da inadmissibilidade. Mesmo nas legislações que admitem a primeira posição, não há nenhuma inflexibilidade. É o que se dá, por exemplo, no Direito belga, em que 'a inadmissibilidade da prova ilícita está condicionada ao sistema de nulidades previstas pela lei processual'. Em Portugal, a inadmissibilidade 'está condicionada ao que dispuser a lei processual'. Em outras legislações, a inadmissibilidade tem sido proclamada, em maior ou menor intensidade. A Emenda IV da Constituição norte-americana proclama que 'toda a prova (*evidence*) obtida por busca e apreensão (*search and seizure*) em violação à Constituição é inadmissível nas cortes estaduais'. (...) Nenhuma legislação, exceto a brasileira, proclama de maneira absoluta e peremptória, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Passamos à frente de todas as outras. Nenhum texto constitucional proíbe, taxativamente, as provas obtidas por meios ilícitos. Só o brasileiro.<sup>35</sup>

Diante da clareza da dicção constitucional que proscreve expressamente as provas ilícitas, a consequência é a inadmissibilidade dessas provas. Não há espaço aqui para se invocar teorias estrangeiras que versam sobre a proporcionalidade ou razoabilidade.

---

<sup>33</sup> AVOLIO, op. cit., p.44.

<sup>34</sup> Op. cit., p. 45.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 62.

O processo penal deve buscar provas contundentes pelos meios legais de convencimento para vencer a presunção de inocência do acusado contemplando o devido processo legal. Admitir o contrário é vulgarizar os direitos fundamentais e ir à contramão dos valores sobranceiros que foram cristalizados na "Lex Mater" de nosso país. Mesmo porque: "a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. (...) O rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo."<sup>36</sup>

Apesar disso, o texto da Lei Maior não estabelece de forma explícita qual consequência resultará de tal infração, ou seja, se a prova ilícita tiver ingressado no processo.

GOMES FILHO entende que se os dados obtidos com violação do ordenamento forem incorporados aos autos, não poderão ser valorados pelo juiz.<sup>37</sup>

Da mesma forma, CAPEZ pondera que: "sua presença nos autos do processo é absolutamente vedada, devendo, pois, ser expurgada. Não há que se cogitar de qualquer espécie de valor probatório, de modo que ao magistrado não é lícito fundar sua convicção nesses elementos."<sup>38</sup>

Se uma prova ilícita ingressou no processo houve, portanto, uma infringência a preceito constitucional-processual que desempenha a função de garantia ao interesse público.

Para AVOLIO: "as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição, não são por esta tomadas como provas, trata-se de não-ato, não-prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica."<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> GRINOVER, op. cit., p. 56.

<sup>37</sup> Op. cit., p. 108.

<sup>38</sup> Op. cit., p. 242.

<sup>39</sup> Op. cit., p. 94.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho postulam como consequência da admissão dessas provas a sua ineficácia nos seguintes termos:

Quanto à sentença, passada em julgado, que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e poderá ser desconstituída pela via da revisão criminal, em que o juízo rescisório poderá absolver o réu. Mas se se tratar de *habeas corpus*, o tribunal deverá anular a sentença, indicando às provas viciadas e determinando seu desentranhamento. É ainda possível que outras provas padeçam de vício, por derivarem da prova ilícita, contaminando atos processuais sucessivos e ocasionando sua ineficácia.<sup>40</sup>

No Colendo Superior Tribunal Federal, tem-se verificado a não admissibilidade de provas ilícitas, de acordo com pertinente julgamento da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus-80949/RJ:

Ementa: Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: **conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira** - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação... (STF - HC 80.949 - RJ - 1ª T. - Rel. Min Sepúlveda Pertence - DJU 14.12.01 - p.1145). [sem grifo no original]

Aspecto, ainda, controverso para a doutrina e jurisprudência é a denominada teoria da proporcionalidade, apesar da clareza da ementa supra, e a questão das chamadas provas ilícitas por derivação.

---

<sup>40</sup> GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 144.

### 3.3 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Surgiu no direito estrangeiro, mormente nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente para atenuar a rigidez dessa exclusão frente a casos de excepcional gravidade.

Na Suprema Corte norte-americana desenvolveu-se a doutrina da razoabilidade, a partir do conteúdo da IV Emenda à sua Constituição, privilegiando as liberdades civis e direitos individuais.

Mas a contribuição mais importante desenvolveu-se na Alemanha pós-guerra. A partir da construção jurisprudência da Corte Constitucional alemã que adotou a teoria da proporcionalidade, também denominada teoria do balanceamento dos interesses e dos valores. "Para esta teoria a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante."<sup>41</sup>

Nesse diapasão, eram realizadas escolhas entre valores constitucionalmente relevantes postos em confronto, diante de sua pertinência com o caso concreto. Assim sendo, admitia-se a produção da prova ilícita se fosse indispensável para a salvaguarda de outro interesse tutelado mais valioso.

GOMES FILHO assevera que o princípio da proporcionalidade encontra guarida nos ordenamentos jurídicos, mormente naqueles que visam tratar com mais severidade à repressão do crime organizado e do narcotráfico. No que diz respeito ao Direito Pátrio, alude que: "o próprio constituinte de 1988 parece ter adotado tal critério ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, art. 5º, XII."<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> CAPEZ, *op. cit.*, p. 33.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 106.

Isso porque, segundo o eminente jurista, apesar da atividade probatória encontrar limites diante da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores, temos: "em situações especiais, a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição: fala-se, então, em razoabilidade, ou proporcionalidade, como princípio que autoriza a superação das vedações probatórias."<sup>43</sup>

Apesar disso, GOMES FILHO reconhece que a teoria da proporcionalidade não é unanidade na doutrina: "sendo bastante veemente as críticas daqueles que consideram intolerável uma compressão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir uma banalização dos referidos direitos..."<sup>44</sup>

Da mesma forma, critica AVOLIO, aduzindo sobre os termos jurídicos indeterminados trazidos nessa doutrina que: "A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas."<sup>45</sup>

Por fim, cabe ressaltar, que flexibilizar os direitos individuais é algo muito perigoso dentro da realidade político-institucional de um Estado, mormente naqueles que tenham uma ausência de sentimento constitucional consolidado.

### 3.4 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE EM BENEFÍCIO DO ACUSADO.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, inc LVI, adotou a vedação expressa das provas obtidas ilicitamente. O que implica na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial.

---

<sup>43</sup> Op. cit., p. 104 e 106.

<sup>44</sup> Op. cit., p. 105.

<sup>45</sup> Op. cit., p. 71.

Observa-se, entretanto, a tendência na doutrina pátria de acolher a teoria da proporcionalidade para favorecer o acusado. Neste sentido, professam GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO:

Alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levaria a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida. [E concluem:] A Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência, e isto porque, os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.<sup>46</sup>

Na mesma linha de pensamento, AVOLIO sustenta que: "a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também é garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência"<sup>47</sup>.

O processo penal é palco de grandes dramas, devido à importância dos interesses que estão em jogo no seu bojo, mormente, o direito à liberdade, à personalidade, à integridade física e psicológica.

Esses valores devem ser desrespeitados frente ao princípio da proibição das provas ilícitas ou do direito à intimidade? Seria o caso de uma pessoa acusada injustamente ser condenada, afastando a única forma de provar sua inocência baseada numa prova ilícita?

Com efeito, à luz do princípio da proporcionalidade "pro reo", CAPES enfrenta essa questão nos seguintes termos:

É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça. Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Op. cit., p. 134 e 141.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 72.

<sup>48</sup> Op. cit., p. 33.

Outro argumento, que defende a possibilidade do acusado usar a prova ilícita em seu favor, tem sido entender que no momento de sua produção ele agiu acobertado por causas legais de exclusão de antijuridicidade, como o estado de legítima defesa ou de necessidade.<sup>49</sup>

Ainda, com relação a uma prova ilícita proveniente de uma gravação clandestina de conversa telefônica, o Prof. Luiz Flávio Gomes inclina-se por sua admissibilidade no processo penal, desde que afastada a possibilidade dela servir de prova contra qualquer pessoa, ou seja, ela só será admitida para absolver, aduzindo que: "A regra da inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º, inc. LVI) encontra uma **única** exceção no âmbito do processo penal: pode ser produzida e é válida, se em favor do acusado, porque agora interessa mais a proclamação da inocência que a preservação da intimidade ou privacidade."<sup>50</sup>

Diante do caso concreto, o juiz deve sopesar os interesses envolvidos e evitar um mal maior. "Porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não poder ser admitida, ainda que sacrifique algum outro preceito legal"<sup>51</sup>.

No confronto entre uma proibição de prova e o direito à prova da inocência, a última deve prevalecer pelos valores insuperáveis que traduz a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Mesmo porque "ao Estado não pode interessar a punição do inocente o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior."<sup>52</sup>

Neste sentido já dizia MALATESTA:

Quanto ao princípio da defesa jurídica, esse é o princípio universal, compreendendo em si a defesa de todos os direitos. Ora, perante o direito, que tem a sociedade ofendida punir o réu, existe, em todo julgamento penal, o direito do acusado de não ser punido, se não for réu. O

---

<sup>49</sup> CARVALHO, op. cit., p. 50.

<sup>50</sup> Op. cit., p. 147-148.

<sup>51</sup> GRECO FILHO, **Manual...**, op. cit., p. 56.

<sup>52</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 106-107.

objetivo supremo, por isso, de toda ordem processual que se inspire na defesa jurídica, deverá ser o de conciliar e defender, ao mesmo tempo, estes dois direitos; e a conciliação se obtém punindo somente no caso de certeza da criminalidade. E, em verdade, tendo a sociedade ofendida o direito de punir o réu, não tem, contudo, o direito de ver sacrificada uma vítima em seu altar, qualquer que seja, culpada ou inocente; não o direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o verdadeiro réu...<sup>53</sup>

### 3.5 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.

Diante do que foi exposto em relação às provas ilícitas ficou límpida sua inadmissibilidade no processo, caso sejam incorporadas não poderão ser valoradas pelo juiz, inclusive havendo seu desentranhamento dos autos, frente à literalidade do texto constitucional, que as proíbe expressamente.

Mas agora, abre-se uma das mais tormentosas questões pertinentes a este tema. Diz respeito à extensão dos efeitos da ilicitude de uma prova obtida com desrespeito aos direitos fundamentais nas demais provas que compõem os elementos probatórios do processo. "Em termos práticos, importa verificar se, constatada a infringência a uma regra do ordenamento, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por derivação devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja a descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada."<sup>54</sup>

A prova ilícita por derivação diz respeito àquelas hipóteses em que a prova foi obtida licitamente, contudo a partir da informação extraída de uma prova ilícita. Sua produção é conforme a ordem jurídica, como no caso de uma busca e apreensão em cumprimento de uma ordem judicial, porém se esse expediente foi fruto de uma informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, o defeito da ilicitude proveniente do nexos de causalidade que as une, transforma a prova lícita em ilícita por derivação. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou ainda

---

<sup>53</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: Conan editora Ltda., 1995. p. 14.

<sup>54</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 108.

uma interceptação telefônica clandestina, pela qual a polícia venha a conhecer as circunstâncias de um crime, que de outra forma não alcançaria.

Essa categoria de provas foi, primeiramente, questionada no direito norte-americano que formulou a teoria dos "frutos da árvore envenenada", "fruits of the poisonous tree", segundo o qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Posicionamento adotado a partir da decisão proferida no caso "Silverstone Lumber Co. v. United States" (251 US 385; 40 S. Ct. 182; 642 L. Ed. 319), de 1920.<sup>55</sup> A posição adotada não admite qualquer prova, mesmo que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais ou fruto de uma investigação em que ocorra a violação aos ditames constitucionais.

Na doutrina brasileira, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO professam que não há espaço para as provas ilícitas por derivação dentro do nosso ordenamento jurídico e assinalam que: "na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo."<sup>56</sup>

GOMES FILHO completa nos seguintes termos:

De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.<sup>57</sup>

O Supremo Tribunal Federal adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada, tese aliás decidida por escassa maioria, o que denota as controvérsias e dissidências sobre a matéria<sup>58</sup>.

A questão foi discutida no Habeas Corpus nº 69912-0-RS, sendo votos vencidos os eminentes Ministros: Moreira Alves, Carlos Velloso, Paulo Brossard, Neri da Silveira e

---

<sup>55</sup> AVOLIO, Op. cit., p. 73

<sup>56</sup> Op. cit., p. 137.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 110.

<sup>58</sup> AVOLIO, Op. cit., p. 77.

Octávio Gallotti. A tese perdedora foi, em resumo: "entenderam que não se poderia desprezar todas as demais provas legítimas e lícitas somente porque derivadas de uma prova ilícita, sendo que seria preferível admitir essas provas a deixar impune organizações criminosas"<sup>59</sup>.

Os votos que prevaleceram pertenciam aos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso Mello que acompanharam o relator, nesta feita, o Ministro Sepúlveda Pertence que afirmou em seu voto que essa doutrina:

...é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita". E isto porque "vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' da conversa telefônica, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu lícitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita de escuta e da gravação clandestina de conversas privadas."<sup>60</sup>

O Pretório Excelso confirmou em 09/05/96 julgando o HC 73.351/SP, novamente com escassa maioria de votos, sua posição quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Em outras decisões, a Suprema Corte tem adotado uma posição temperada.<sup>61</sup>

Veja-se o acórdão abaixo:

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA ILÍCITA (ART. 5º, INCS. XII E LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – NÃO - CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS LICITAMENTE OBTIDAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE - 1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é o caso de anular a condenação. 2. HC indeferido. (STF – HC 74.152-5 – SP – 1ª T. – Rel. Min Sydney Sanches – DJU 08.10.1999 – p.39).

---

<sup>59</sup> SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do Direito Processual Penal**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1999. p. 35.

<sup>60</sup> HC nº 69912-0-RS, DJU 25/03/94, p. 06.012.

<sup>61</sup> RABONEZE, op. cit., p. 41.

E no mesmo sentido:

PROVA (CRIMINAL), GRAVAÇÃO, ESCUTA TELEFÔNICA, ILEGALIDADE, CONJUNTO PROBATÓRIO, CONTAMINAÇÃO, INOCORRÊNCIA, LAUDO, PERICIAL, ELABORAÇÃO, VÍCIO, AUSÊNCIA, CO-RÉU, DELAÇÃO, DEPOIMENTO, VALIDADE, INQUÉRITO POLICIAL, PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, OBSERVÂNCIA – 1. Habeas corpus. 2. Não cabe, em habeas corpus, reapreciar fatos e provas. 3. A prova decorrente da escuta telefônica, sem apoio constitucional, não constituiu o único elemento a basear o juízo condenatório, em ambos os graus. Certo, no caso, houve um conjunto de provas, referidas nas decisões condenatórias em causa, que levou os julgadores, em ambos os graus, de maneira uniforme, à condenação do paciente. 4. Habeas corpus indeferido. (STF – HC 77147 – BA – 2ª T. – Rel Néri da Silveira - DJ 06.04.01- p.68).

Portanto, reafirmando o entendimento do Colendo STF, havendo no processo provas independentes das provas ilícitas, desde que sejam suficientes para fundamentar a decisão judicial, pode-se chegar à condenação.

Essa é a chamada teoria da 'fonte independente da prova'. É preciso, no entanto, muito cuidado nesse tema, porque muitas vezes pode-se burlar facilmente a proibição da prova derivada, salientando tratar-se de fonte independente. Para que a teoria da fonte independente tenha correta aplicação, impõe-se a demonstração fática inequívoca de que a prova valorada pelo Juiz efetivamente nasceu de fonte autônoma, isto é, não está na mesma linha de desdobramento das informações colhidas com a prova ilícita. Se não se demonstra, com clareza meridiana, a autonomia ou independência da fonte, vale a doutrina da prova derivada inadmissível. Havendo dúvida, tudo se resolve em favor do réu (*in dubio pro reo*).<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 146-147.

## 4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

### 4.1 GENERALIDADES

As legislações modernas tendem a restringir o direito à intimidade, especificamente no sigilo telefônico. Uma garantia absoluta pode abrir espaços para empreitadas criminosas, não atendendo ao princípio da convivência das liberdades, o que certamente destoa da finalidade das garantias previstas no texto constitucional.

É certo, por outro lado, que o cidadão tem direito a manter em reserva, aspectos e fatos de sua vida pessoal, protegendo sua vida privada.

O direito à intimidade, com "status" constitucional insculpido no art. 5º, inc X, da CF, dispõe: "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...*". Soma-se a uma convivência harmoniosa dos preceitos protetivos com relevância processual, que tomam partido ao lado do jurisdicionado, enfim do cidadão, para fazer frente aos aparatos repressivos do Estado, protegendo seus direitos e garantias, e ao mesmo tempo legitima o próprio processo.

Interessante ressaltar, que existe uma tensão entre o direito à intimidade e a pretensão punitiva do Estado. É um terreno cediço, mormente quanto às provas e sua admissibilidade no processo penal. Fato que levou o poder constituinte originário a dar tratamento específico ao sigilo das comunicações telefônicas. Não mais apenas sob o manto do direito à privacidade, de forma genérica, mas como regra protetiva autônoma, no texto da Lei Maior.

Com efeito, a Constituição expressamente dispôs sobre o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, inc. XII), e, ainda, estabeleceu que, em situações específicas a serem disciplinadas em lei ordinária, seria possível haver uma quebra desse sigilo, ou seja, ocorrer uma interceptação telefônica legalmente executada.

Nesse diapasão, surge a necessidade, por óbvio, de um estrito cumprimento do princípio da legalidade e a necessidade de se colocar limites ao direito à prova, conforme sustenta GRINOVER:

O processo só pode se fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. (...) E é exatamente no processo penal, onde se avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdade públicas.<sup>63</sup>

Ademais, toda a sociedade é interessada na equilibrada atuação estatal, ou seja, de que forma se dá a reação do Estado frente à criminalidade crescente, a qual deve ter por limite os direitos e garantias individuais. Vale dizer, a todos deve ser garantido um julgamento justo, com todas as oportunidades possíveis de fazer valer suas pretensões em juízo.

Desta forma, a função jurisdicional passa necessariamente pelo princípio do devido processo legal para alcançar um processo justo. Onde as partes se socorrem da presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, juiz natural, publicidade. Enfim, de um processo penal garantista.

#### 4.2 REGIME ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A interceptação telefônica era regida pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 1962. No seu art. 57 II "e", dizia não constituir violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Ainda, determinava no art. 56, § 2º, que a interceptação fosse realizada pelos serviços das estações e postos oficiais.

Porém, tal procedimento era entendido por parte da doutrina como inconstitucional à luz da Constituição Federal de 1967 com a redação dada pela

---

<sup>63</sup> Op. cit., p. 46.

Emenda Constitucional nº 1/1969, que dispunha no art. 153 §9º: "*é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas*". Apenas excepcionando as hipóteses de estado de sítio e de medidas emergências.

Por outro lado, aqueles que postulavam a possibilidade de interceptação, apesar de violação de uma norma constitucional expressa, afirmavam que nenhum direito ou garantia tinha caráter absoluto, sendo necessário uma convivência harmônica dessas garantias no sistema constitucional. Dentro dessa ótica, colocavam os pilares limitadores desse expediente, tais como necessidade de autorização judicial para crimes particularmente graves, devendo haver "periculum in mora" e "fumus boni iuris".<sup>64</sup>

A bem da verdade, deve-se reconhecer que nesse período ocorreram muitos abusos da privacidade alheia. Era comum, inclusive, encontrar em jornais a oferta de serviços de "grampeamento" de telefones.

Todo tipo de abuso e de devassa já foi praticado neste país por meio de interceptação telefônica. Não só os integrantes do poder, aliás, valeram-se desse procedimento ilegal, se bem que por motivações óbvias (conquista ou manutenção do poder, imposição de uma determinada ideologia, controle dos 'perigosos' etc.). O desrespeito à intimidade alheia também sempre pareceu conveniente para os muitos 'particulares' (espionagem industrial, operações políticas, casos de infidelidade conjugal etc.), que puderam contar com o auxílio inclusive de policiais, particularmente dos que conquistaram *know-how* no tempo da repressão política.<sup>65</sup>

Com o advento da promulgação da Lei Maior de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a fazer, através de sua jurisprudência, exigência de regulação infra-constitucional então inexistente para disciplinar as interceptações telefônicas, em face da redação do art. 5º, XII, que agora elenca três requisitos: a existência de ordem judicial, finalidade de colheita de evidências para instruir a investigação, seja na fase pré-processual ou no processo penal, e por último, a lei disciplinando as hipóteses em que a interceptação será permitida. Consoante ao entendimento pacífico de que o art. 57, II, "e", do Código Brasileiro de Telecomunicações não

---

<sup>64</sup> GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 178.

<sup>65</sup> GOMES e CERVINI, op. cit., p. 85.

atendia a esses requisitos, pois não fixava a forma nem os casos em que se permitiria a quebra de sigilo nas comunicações telefônicas.

Da mesma forma a doutrina reivindicava a regulamentação por entender ser essa "omissão legislativa abominável (...) Se de um lado estava causando sérios transtornos à atividade de investigação, persecução e punição dos crimes, particularmente dos reputados graves (...) de outro lado, deixava de fora qualquer tutela, importantes aspectos do direito fundamental da privacidade."<sup>66</sup>

O Pleno do STF adotou a teoria do "fruits of the poisonous tree", baseado em orientação oriunda da Suprema Corte norte-americana, onde todas as provas provenientes de interceptação eram consideradas inconstitucionais, ainda que autorizadas judicialmente, até que o legislador ordinário regulamentasse a matéria.

Neste sentido, o acórdão da lavra do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, emanado do Habeas Corpus 69.912:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal [...] à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nos quais se fundou a condenação do paciente<sup>67</sup>.

Cumprindo a exigência jurisprudencial oriunda da Suprema Corte, surge a Lei 9296, de 24 julho de 1996, para disciplinar a interceptação telefônica no Brasil. A referida Lei Federal regulamenta a parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

O texto da Lei Maior protege expressamente o sigilo das comunicações telefônicas e abre uma exceção para a sua quebra, desde que atendidos rigorosamente os requisitos elencados no próprio dispositivo constitucional.

---

<sup>66</sup> GOMES e CERVINI, op. cit., p. 76.

<sup>67</sup> DJU 25/03/94, p. 06.012.

### 4.3 A LEI 9296/96.

Antes de adentrar aos aspectos legais dessa Lei Federal, cabe ressaltar que existem várias modalidades de captação eletrônica de conversas. Infere-se daí a importância de uma tratativa padronizada dos termos relacionados com o assunto.

Neste sentido, CAPEZ sintetiza a classificação elaborada pela doutrina do seguinte modo:

- a) **interceptações telefônicas em sentido estrito**: consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (é o chamado 'grampeamento');
- b) **escuta telefônica**: ocorre quando um terceiro capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores (muito usado por familiares de vítima seqüestrada, que autorizam a polícia a ouvir sua conversa com o seqüestrador);
- c) **interceptação ambiental**: é a captação de conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, sem o conhecimento por parte destes;
- d) **escuta ambiental**: é a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns;
- e) **gravações clandestinas**: é a praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o conhecimento da outra parte.<sup>68</sup>[sem grifo no original]

A lei 9296/96 regula as denominadas interceptações telefônicas em sentido estrito e as escutas telefônicas, estando fora de sua abrangência as outras modalidades de captação de conversa.

De acordo com os ensinamentos de GOMES e CERVINI, o art. 1º, da lei em exame, quando dispõe: "*interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza*" abrange: "tanto a interceptação em sentido estrito quanto a escuta telefônica. Porque ambas consistem em processos de captação de conversa alheia."<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Op. cit., p. 35.

<sup>69</sup> op. cit., p. 104.

Da mesma forma, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO aludem que: "etimologicamente (inter capio), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros. Não desfigura a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo."<sup>70</sup>

Com efeito, GRECO FILHO<sup>71</sup> e AVOLIO<sup>72</sup> possuem uma leitura restritiva da lei sob análise, entendendo os ilustres juristas que a escuta telefônica não estaria sob sua incidência.

Do que foi visto, pode-se afirmar que a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica têm seu regime jurídico marcado nos termos da Lei 9296/96. Assim sendo, quando devidamente autorizadas constituem provas lícitas e admissíveis na instrução criminal ou no curso do processo penal.<sup>73</sup>

Importante salientar que o art. 10, da Lei em comento, incrimina a prática da interceptação de comunicação telefônica, quando realizada sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, cominando pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Por outro lado, as gravações clandestinas e as gravações entre presentes, segundo GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, não se enquadram na disciplina do art. 5º, inciso XII, da CF, e por isso, fora do alcance da Lei 9296/96.

Essas modalidades, segundo os eminentes juristas, configuram violação ao direito à intimidade, consubstanciado no art. 5º, inciso X, da CF, aduzem que: "A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja, a violação de segredo."<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Op. cit., p. 175.

<sup>71</sup> Op. cit., p. 05-06.

<sup>72</sup> Op. cit., p. 177.

<sup>73</sup> GOMES e CERVINI, op. cit., p. 105.

<sup>74</sup> Op. cit., p. 198-199.

Ademais, somente se autoriza a revelação da conversa gravada se houver um justo motivo, como por exemplo: a comunicação às autoridades competentes de uma infração da qual se tenha ciência. Nestes casos, não se incorre na tipicidade do art. 153, do Código Penal (divulgação de segredo).<sup>75</sup>

A Suprema Corte tem entendido que a gravação telefônica feita por um dos interlocutores sub-repticiamente é prova lícita, sem a necessidade de autorização judicial. E da mesma forma, inclina-se a dizer que não há violação do direito à intimidade quando o acusado se utiliza dessa captação da conversa para provar sua inocência. Por óbvio, não são aceitas gravações clandestinas de declarações de qualquer pessoa objeto de investigação (acusados, indiciados ou suspeitos) por parte da autoridade policial ou de seus agentes, como expedientes incriminatórios, por estar implícita a surpresa ao declarante.<sup>76</sup>

Por fim, cabe salientar que a Lei 9296/96 trouxe em seu bojo muitas dúvidas de interpretação. Neste sentido, professam GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO que: "é forçoso reconhecer que a lei apresenta inúmeros defeitos, ora pelas dúvidas que suscita, ora em face de regras que não se coadunam com normas e princípios constitucionais, exigindo do intérprete uma construção capaz de harmonizá-la com a Lei Maior".<sup>77</sup>

Para AVOLIO esse dispositivo legal trata de matéria de grande complexidade, apesar disso mostra-se lacônica, e assevera que: "inovação legislativa desse quilate não deveria ser entendida como mera regulamentação do texto constitucional, mas traduzir-se em evolução e aprimoramento da ordem jurídica."<sup>78</sup>

De qualquer sorte, o Direito brasileiro deu importante passo disciplinando essa matéria. Segue assim, a tendência mundial de atualização legislativa para fazer frente às

---

<sup>75</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 2. vol - Parte Especial. 21. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 291-293.

<sup>76</sup> HC 75.338-RJ, Rel. Min NELSON JOBIM, dec. 11/03/98. Informativo do STF, n.º 102, Mar 98.

<sup>77</sup> Op. cit., p. 182.

<sup>78</sup> Op. cit., p. 175.

novas tecnologias usadas pelo crime organizado. Além disso, como "qualquer diploma legal, também gerará polêmicas que serão somente dirimidas com o tempo pelos Tribunais.<sup>79</sup>"

#### 4.4 COMPETÊNCIA

Nos termos do art. 1º "caput" da Lei em comento, a competência para o deferimento da interceptação de comunicação telefônica de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal será do juiz competente para o processamento da ação principal.

Essa exigência vem dar guarida à proteção dos direitos fundamentais do investigado. O conteúdo proveniente da interceptação abrange aspectos da intimidade de todas as ordens, deste modo, fatos sem pertinência com o feito não necessitam ser revelados sob pena de arrasar a vida de uma pessoa que tem sua privacidade devassada.

A interceptação telefônica é medida cautelar que envolve sigilo das comunicações, isto é a intimidade, a vida privada das pessoas. Por isso, tudo deve ser feito em 'segredo de Justiça', para que poucas tenham conhecimento das incontáveis comunicações telefônicas do investigado ou acusado. Não quer a Lei nem sequer que muitos juízes venham a participar dessa medida cautelar.<sup>80</sup>

O fato do pedido de interceptação ser feito no plantão judiciário pode gerar controvérsias, quanto ao acatamento do dispositivo ora analisado, por existir a possibilidade de o juiz que irá presidir o processo não ser o mesmo que em seu plantão autorizou a interceptação. Todavia, César D. Mariano da Silva entende que não está comprometido o valor dessa prova, devido a sua natureza cautelar que não escolhe dia ou hora para ser requerida e sintetiza:

Se assim não o for, e a Polícia ou o Ministério Público tiverem que esperar a distribuição do inquérito policial, ou o próximo dia útil, para após requerer a medida, a lei certamente seria inócua. Ademais, o Juiz que autorizou a medida tomou uma decisão provisória a respeito do

---

<sup>79</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 4.

<sup>80</sup> GOMES e CERVINI, op. cit., p. 157.

assunto. A decisão definitiva sobre a admissibilidade da prova, bem como quanto ao seu conteúdo material, será tomada pelo Juiz que irá julgar o caso, onde, inclusive, poderá entender que a prova é inadmissível por alguma razão.<sup>81</sup>

Nas comarcas de maior porte, existem Centrais de Inquérito que funcionam na distribuição e nas medidas cautelares anteriores à propositura da ação penal. Sobre esses órgãos GRECO FILHO salienta:

A competência para deferir a medida (juiz competente para a ação principal) é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta. Tem sido admitida, por força da lei de organização judiciária estadual, em comarcas complexas, a existência de juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia, como a concessão da fiança, o relaxamento do flagrante e o *habeas corpus* contra a autoridade policial, as quais também tornariam prevento o juízo da ação principal nos termos do Código de Processo Penal e da orientação jurisprudencial dominante.<sup>82</sup>

Ademais, lembra bem STRECK que se o investigado possuir prerrogativa de foro, a autorização dessa medida cautelar somente poderá ser concedida pelo juiz natural. É o caso, por exemplo, de governadores de Estado cujo sigilo telefônico somente será quebrado após apreciação do Presidente do Superior Tribunal de Justiça.<sup>83</sup>

Neste diapasão, ficou clara a necessidade de se levar o pedido de quebra do sigilo telefônico diretamente para ao juiz competente para a ação principal, o qual irá deferir a medida motivadamente.

#### 4.5 REQUISITOS

Da dicção do art. 5º XII da Lei Maior depreende-se os requisitos norteadores para ocorrer a quebra do sigilo telefônico: autorização mediante ordem judicial, fazer prova em investigação criminal ou instrução processual penal e obediência aos parâmetros disciplinados em lei ordinária.

---

<sup>81</sup> Op. cit., p. 48.

<sup>82</sup> **Interceptação...**, p. 28.

<sup>83</sup> STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais**: Constituição - Cidadania - Violência: A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed., rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

Por seu turno, a Lei 9296/96, que disciplina a matéria a nível infraconstitucional, trouxe nos incisos do seu art. 2º os pressupostos autorizadores da quebra de sigilo.

O legislador valeu-se de uma redação negativa ao invés de enumerar taxativamente os casos em que será admissível a quebra de sigilo telefônico. Para GRECO FILHO essa opção traz dificuldades de interpretação e acrescenta: "A redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção."<sup>84</sup>

Inicialmente, a Lei exige indícios razoáveis da autoria ou participação. A rigor, é necessária a existência de uma investigação criminal ou um processo crime em curso para se alcançar esse quesito. Por essa razão GOMES e CERVINI afirmam que: "os órgãos de persecução penal (polícia e MP) devem já contar com dados suficientes sobre a autoria para só depois estarem habilitados a pedir a interceptação. Não existe interceptação de 'prospecção', para se descobrir se uma pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime."<sup>85</sup>

Logo fica afastado o deferimento da medida consubstanciada em mera suspeita ou fato indeterminado.<sup>86</sup>

O inciso II do dispositivo ora analisado, propugna para que seja usada a interceptação como "ultima ratio", vale dizer havendo outros meios probatórios que alcancem o mesmo desiderato deve ser preservada a intimidade do investigado ou indiciado.

Essa regra traz um conceito aberto "*se a prova puder ser feita por outros modos*" que tem por consequência uma interpretação não pacífica na doutrina. Com efeito, STRECK aduz que os conceitos dessas expressões abertas "exsurtem de uma interpretação sistemática da lei imbricada com o devido sopesamento entre a

---

<sup>84</sup> **Interceptação...**, p. 13-14.

<sup>85</sup> Op. cit., p. 180.

<sup>86</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 18.

carga de restrição dos direitos fundamentais e os fins a que se destinam tais limitações."<sup>87</sup>

Alguns autores opinam pela não aceitação da interceptação se sobrevier um outro meio que alcance o escopo almejado pela primeira. Neste sentido alude César D. Mariano da Silva que: "produzida a interceptação e ficando demonstrado que seria possível a produção da prova, naquele momento, por um outro modo, aquela não será utilizada."<sup>88</sup>

Entretanto, GRECO FILHO assevera: "Difícil será a decisão do juiz a respeito, mas desde logo deve-se entender que os meios disponíveis são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação. **Meios que surgirem posteriormente não a invalidariam, no caso.**"<sup>89</sup> [sem grifo no original]

Comungando com este entendimento, GOMES E CERVINI se inclinam para a validade da prova proveniente da interceptação, mesmo que posteriormente se descubra que havia outros meios disponíveis. Importante, como alertam os doutos professores, que nunca se pode perder de vista que a interceptação telefônica rege-se pelo princípio da necessidade, que encerra a idéia de alternativa menos gravosa, isto porque "se assegura a menor invasão possível do Estado na privacidade alheia, na privacidade das nossas comunicações (telefônicas ou telemáticas)."<sup>90</sup>

Cabe ressaltar que os incisos I e II institucionalizam os requisitos do "fumus boni juris" e do "periculum in mora" como pressupostos para a autorização dessa medida constritiva de direitos.<sup>91</sup>

Por último, o inciso III, exige que a infração penal investigada tenha como reprimenda a pena de reclusão. Regra que, também, suscita críticas:

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque é muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma

---

<sup>87</sup> Op. cit., p. 52

<sup>88</sup> Op. cit., p. 52.

<sup>89</sup> **Interceptação**, op. cit., p. 17.

<sup>90</sup> Op. cit., p. 183.

<sup>91</sup> STRECK, op. cit., p. 52.

alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o 'furor incriminatório' de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.<sup>92</sup>

Como exemplos de crimes punidos com reclusão que não possibilitariam a violação ao sigilo das comunicações telefônicas, salvo excepcionais circunstâncias, pode se elencar o furto, o estelionato, os crimes contra a ordem tributária dispostos no art. 1º da lei n.º 8137/90, dentre muitos outros.<sup>93</sup>

Para STRECK a previsão "lato sensu" do inciso "in examine":

Passa, necessariamente, pela avaliação do que seja a aludida 'proporcionalidade' estabelecida pelo poder legiferante ao fazer a opção pelo tipo de delitos suscetíveis de interceptação telefônica. Não há dúvidas em afirmar que o estabelecimento dessa proporcionalidade está na exata medida em que, em face do direito constitucional da inviolabilidade das comunicações, não se justifica uma invasão de privacidade para combater pequenos delitos. O remédio não pode ser mais drástico do que a doença que pretenda combater!<sup>94</sup>

Finalmente, é importante salientar que ao juiz cabe examinar detidamente o caso concreto para deferir a interceptação e demonstrar na sua fundamentação a imprescindibilidade dessa medida cautelar.

#### 4.6 PROCEDIMENTO

A interceptação visa a obtenção de uma prova lícita e legítima, materializada no processo num documento, geralmente, um auto circunstanciado contendo todas as diligências e resultados alcançados. Sua validade somente será confirmada se produzida com todas as garantias do devido processo legal. Caso contrário a prova é considerada ilícita e, portanto, sem força para ferir a presunção de inocência que protege o réu.

---

<sup>92</sup> GRECO FILHO, *Interceptação...*, p. 14-15.

<sup>93</sup> GRECO FILHO, *Interceptação...*, p. 15.

<sup>94</sup> Op. Cit., p. 55-56.

Nos termos do art. 3º, da Lei 9296/96, a autoridade policial e o representante do Ministério Público têm legitimidade para requerer a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Esse dispositivo na sua parte final traz a possibilidade do Juiz determinar "de ofício" a interceptação. Entendem GOMES e CERVINI que a Lei nessa parte é inconstitucional, pois não cabe ao Julgador a tarefa de investigar, tomar a iniciativa de colheita "porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito processual."<sup>95</sup>

O pedido de interceptação, que tramitará em segredo de justiça, seja do Ministério Público ou da autoridade policial, deverá trazer fundamentadamente a demonstração de sua necessidade e a indicação dos meios técnicos aplicáveis.

Esses são os requisitos mínimos como anotam GOMES e CERVINI, sendo essencial, ainda, constar no pedido: a) os indícios de autoria ou participação e as provas existentes sobre a existência do delito; b) aludir que para a infração cabe a reclusão como reprimenda; c) descrição da base fática ao pedido e quando possível do sujeito passível da medida; d) indicar qual linha terá o sigilo quebrado e a duração ideal de captação.<sup>96</sup>

Excepcionalmente, o pedido dessa medida cautelar poderá ser feito verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos autorizadores e a necessária redução a termo do incidente.<sup>97</sup>

O Juiz dispõe de vinte e quatro horas para decidir sobre o requerimento, de forma motivada, sob pena de nulidade. Ainda, indicando a forma de execução da diligência.

---

<sup>95</sup> Op. cit., p. 201-202.

<sup>96</sup> Op. cit., p. 211.

<sup>97</sup> SILVA, C., op. cit., p. 55.

A partir da autorização judicial a autoridade policial contará com quinze dias para conduzir os procedimentos da interceptação. Havendo possibilidade, caso não seja obtida a prova tida como indispensável, da concessão de igual período para o prosseguimento das investigações, cabendo ao Juiz fundamentar essa indispensabilidade tendo por base os fatos e o direito.<sup>98</sup>

A Lei "in examine" não limitou o número de prorrogações possíveis, podendo repetir-se tantas vezes quanto necessário. Desde que acompanhadas de todas as formalidades e devidamente fundamentada para cada prorrogação.<sup>99</sup>

Incumbe à autoridade policial a condução das diligências. Essa função é desempenhada pelo Delegado de Carreira, para os crimes comuns, e no caso de crimes militares pelo oficial designado para presidir o Inquérito Policial Militar. Em todas as situações, deverá ser dada ciência ao Ministério Público do procedimento adotado, que poderá acompanhar a sua realização.

É facultado à autoridade policial requisitar os serviços técnicos especializados da concessionária de serviço público, assim como a orientação técnica necessária.

Com o fim das diligências, a autoridade policial deverá elaborar um auto circunstanciado, contendo um resumo de todas as operações realizadas, acompanhado da fita com a gravação e sua transcrição. Tudo será encaminhado ao Juízo que determinará o apensamento nos autos, dando ciência ao Ministério Público.

O apensamento ocorre em momentos definidos. No inquérito policial se dá antes da elaboração do relatório pela autoridade. Em relação ao processo penal, quando os autos se fizerem conclusos ao juiz para a decisão.

Esses momentos têm razão de ser porque são aqueles em que a prova deve ser apreciada e levada em consideração e, também, porque fica mais seguro em face de terceiros mencionados no procedimento. O apenso, por sua vez, deve ser cercado de

---

<sup>98</sup> GOMES, L. F.; CERVINI, R., op. cit., p. 218.

<sup>99</sup> GRECO FILHO, *Interceptações...*, p.31.

medidas de proteção do sigilo, tais como embalagem com lacre e outras necessárias à sua não-violação.<sup>100</sup>

Incontinenti, privilegiando o princípio do contraditório e da ampla defesa, o Juiz deve dar conhecimento da interceptação aos envolvidos e seus advogados.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> GRECO FILHO, *Interceptações...*, p.34.

<sup>101</sup> Op. cit., p. 211.

## 5. CONCLUSÃO

O devido processo legal é um princípio sobranceiro, fulcro de uma série de garantias, que no decorrer da história serviram para buscar afastar as arbitrariedades cometidas por aqueles que detinham o poder.

É de se notar, a Declaração do Bom Povo da Virgínia, datada de 12/01/1776, anterior, portanto, à independência do Estados Unidos da América. Essa Carta, a primeira em sentido moderno a garantir direitos, trouxe os fundamentos que iriam revelar uma nova ordem pública. Consubstanciados nos ideais de liberdade de um povo e de seus anseios de proteção à intimidade e da propriedade. Aspectos que vêm sendo reproduzidos em todos os ordenamentos jurídicos que privilegiam os direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, o Código de Processo Penal tem seus dispositivos interpretados a partir da Constituição Federal de 1988. Informa-se, portanto, de novos valores cristalizados no Estado Democrático de Direito, o que serviu para mitigar os traços de autoritarismo que permanecem em seu texto.

Nesse diapasão, o processo penal torna-se instrumento de legitimação da jurisdição. Busca-se o processo adequado e justo, salvaguardando os interesses do acusado, o qual desfruta de sua presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo, ainda, em todos os momentos do curso processual concedidas amplas possibilidades para apresentar a sua versão do fato. Sem perder de vista que o Estado deve demonstrar cabalmente a necessidade de diminuição do "status libertatis".

Nesta perspectiva, a prova reveste-se de grande importância e ocupa local de destaque no processo. O provimento jurisdicional, somente alcança seu desiderato, em havendo uma atividade probatória consentânea com as garantias constitucionais.

As provas têm momentos específicos no processo, os quais devem ocorrer em marcha uníssona com o princípio do devido processo legal. Tem-se como

escopo, diante de um juiz imparcial, dar as mesmas armas às partes, acusação e defesa, equilibrando o feito. A rigor, a pessoa do acusado revela-se impossibilitada de efetivamente defender-se, muitas vezes estigmatizada pela marginalidade social e por sua pobreza. Sem qualquer chance frente ao aparato estatal persecutório.

No tocante aos meios de prova, malgrado a disciplina dessa matéria, no Código de Processo Penal, não ter forma taxativa, faz-se necessária a atualização constante de nossa legislação. Para fazer frente à criminalidade transnacional, ultimamente globalizada, a qual desfruta de tecnologia de ponta nas suas empreitadas delitivas, por óbvio, é necessária a regulamentação de novos instrumentos de investigação e meios de prova legais e legítimos.

Por seu turno, a Constituição Federal, na dicção do seu art. 5º inc. LVI, proscribe expressamente as provas ilícitas do processo, apesar de não estabelecer de forma explícita a consequência de seu ingresso nos autos. Cabe ressaltar, ainda, o não regramento do texto constitucional quanto à questão das provas ilícitas por derivação.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento dominante, tem feito valer a vedação constitucional da admissão da prova ilícita, afastando a aplicação de teorias estrangeiras que propugnam o princípio da proporcionalidade. Assim, sendo, o Juiz ao se deparar com prova obtida ilicitamente deve determinar seu desentranhamento dos autos, podendo decidir pela condenação, caso existam no processo provas independentes da prova ilícita e que sejam suficientes para fundamentar a decisão judicial condenatória.

Ainda, no Pretório Excelso, o entendimento assentado é no sentido de se afastar, também, a prova ilícita por derivação, por que o defeito da árvore alcança os frutos, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, "fruits of poisonous tree", cunhada na Suprema Corte norte-americana.

Tem-se verificado a tendência, por parte da doutrina e da jurisprudência, ao acatamento do princípio da proporcionalidade "pro reo". Em casos excepcionais, onde existe conflito de valores, deve prevalecer o de maior valia, porque nenhum direito ou

garantia tem caráter absoluto. Ademais, admitir o contrário pode levar a resultados esdrúxulos e repugnantes, tais como a condenação de um inocente impedido de buscar sua absolvição diante da proibição da prova ilícita, o que significaria sacrificar valores insuperáveis que traduzem a liberdade e da dignidade humana.

As legislações modernas tendem a restringir o direito à intimidade, não obstante garantirem ao cidadão o direito de manter em reserva aspectos e fatos de sua vida privada.

Porém, é sabido o grande desenvolvimento tecnológico alcançado atualmente, algo que traz invasões de privacidade de todas as ordens no cotidiano das pessoas.

A doutrina, não perdendo de vista a questão da ilicitude das provas e sua inadmissibilidade no processo, classificou as diversas formas de captação eletrônica da conversa.

As gravações clandestinas e as gravações entre presentes, apesar de divergências na doutrina, estão sob o comandamento do art. 5º, inc. X, da Constituição, que protege à intimidade.

Com efeito, nos termos do art. 5º, inc XII, a "Lex Legum" veda a interceptação telefônica. Essa garantia constitucional proíbe a quebra do sigilo telefônico, salvo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal definidos em legislação ordinária.

A Lei 9296, de 24/07/96, surgiu em cumprimento a exigência da jurisprudência oriunda da Suprema Corte para regulamentar a parte final do inc. XII, art. 5º da CF, disciplinando a interceptação telefônica no Brasil. Preenchendo, assim, uma lacuna legislativa rebatida, também, pela doutrina, que abria espaço para abusos e ilegalidades.

A interceptação telefônica mostra-se um poderoso instrumento de investigação utilizado por órgãos de segurança pública, para fazer frente ao crime organizado. Esses expedientes têm resultado em esclarecedores e contundentes meios de prova processual, sendo imprescindível para a sua validade a rigorosa

disciplina na legalidade das provas. Pois, a liberdade probatória tem seu limite na dignidade da pessoa humana e na proteção de sua intimidade, enfim dos seus direitos fundamentais.

Por derradeiro, importa deixar consignado que a autoridade investida não alcançará êxito na sua empreitada contra a criminalidade, se houver por sua parte afronta aos direitos e garantias constitucionais. A Justiça não deve corroborar tal despropósito.

Toda a sociedade é interessada na equilibrada atuação e reação do Estado na busca da paz social e segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. ed. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 1999.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- BIZZOTTO, Alexandre.; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo Penal Garantista**. Goiânia: AB Editora, 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. O Livre Convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n.12, p. 184-198, 2000.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial: inquérito**. 7. ed. rev. aum. Goiânia: AB Editora, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. **O Processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 21. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 2. vol - Parte Especial.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: Conan, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão com meio de prova no Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

RABONEZE, Ricardo. **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**. 3. ed., Porto Alegre: Síntese, 2000.

SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do Direito Processual Penal**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição - Cidadania - Violência: A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed., rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos Do Devido Processo Legal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Processo Penal**. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

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

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

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

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

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

**Art. 2º** Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

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

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

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**FERNANDO HENRIQUE CARDOSO**

Nelson A. Jobim