

FRANCEELLE SOARES

**DA ATIVIDADE PROBATÓRIA FRENTE ÀS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS**

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

Orientador: Antônio Acir Breda

CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

**DA ATIVIDADE PROBATÓRIA FRENTE À LEI DE INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS**

FRANCEELLE SOARES

Monografia aprovada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador:

Prof. Antônio Acir Breda

Prof.

Prof.

Aos meus pais e meu irmão, à Renata e Graziela, pela ajuda e pelo incentivo durante este período.

Tudo que é válido custa sacrifício, por isso não desanime, logo adiante você vai perceber o quanto foi bom e proveitoso não ter parado no meio do caminho.
(autor desconhecido)

RESUMO

Visa o presente trabalho monográfico esclarecer o procedimento das interceptações telefônicas disciplinado pela Lei 9.296/96, regulamentadora do inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal. Através de pesquisa bibliográfica e documental, procura-se fazer uma demonstração das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca das interceptações telefônicas, primeiramente realizando-se considerações sobre as garantias e direitos fundamentais postos pela Constituição que conexão apresentam com o assunto (o direito à intimidade, a vedação da utilização das provas ilícitas, o sigilo das comunicações e sua limitação). Procura-se definir o âmbito de incidência da lei, apresentando os requisitos e o procedimento a ser adotado. Procura-se demonstrar o desenvolvimento do entendimento sobre da matéria no país e em alguns ordenamentos estrangeiros. Destaque se dá aos aspectos não regulados pela lei, como a possibilidade do encontro fortuito de provas de crimes diversos do ensejador da medida, utilizáveis como indícios em posteriores investigações, a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, a possibilidade de utilização excepcional da prova ilicitamente obtida em favor do réu e a questão das provas emprestadas. Importante torna-se estudar a natureza cautelar das interceptações, as quais devem subsumir-se a critérios de necessidade e adequação. Estuda-se também a justificativa da admissão deste meio de obtenção de prova para o combate à criminalidade grave, considerando-se a limitação imposta por lei mais um meio de garantia contra devassas à intimidade do que propriamente uma limitação, punindo-se criminalmente ingerências realizadas ao arpejo da lei.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
I – INTRODUÇÃO.....	01
II - DO DIREITO À PROVA E DO DIREITO AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES.....	03
1- DO DIREITO À PROVA.....	03
1.1 - Questões gerais.....	04
1.2 - Os meios de prova e os meios de obtenção de prova.....	07
1.2.1- Garantias constitucionais em relação a essas medidas.....	10
1.2.2 - Princípios informativos para a decretação das medidas cautelares.....	13
1.2.3 – Nulidades.....	14
2 – A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	15
3 – O DIREITO À INTIMIDADE E O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES.....	19
III – HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	22
1- AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO DIREITO COMPARADO.....	22
1.1 - Itália	22
1.2 - Estados Unidos	24
1.3 - Alemanha	25
1.4 - Portugal.....	26
2 – O REGIME JURÍDICO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988..	27
3 – INTERCEPTAÇÕES NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	30
IV – CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/96.....	35
1 – O QUE SE ENTENDE POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA LEI.....	35
1.1 – Das interceptações, das escutas e das gravações clandestinas..	35
1.2 – Da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96.....	37
2 – CONDIÇÕES E LIMITES PARA AS INTERCEPTAÇÕES.....	44
3 – O PROCEDIMENTO ADOTADO.....	49
V – IMPLICAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	55

1 – PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	55
2 – CONHECIMENTO FORTUITO DE CRIMES.....	58
3 – A PROVA EMPRESTADA.....	61
4 – A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO ACUSADO.....	63
VI – CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

I) INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade trouxe consigo inúmeros problemas. A mesma tecnologia que oferece maior conforto aos cidadãos permite novas e cada vez mais surpreendentes ingerências em suas vidas privadas. Nesta perspectiva é que se encontra inserto o tema das interceptações telefônicas.

Frente uma criminalidade organizada, muitas vezes a interceptação telefônica apresenta-se como a única forma possível de realizar prova com vistas à elucidação de uma prática criminosa.

Em 1988, quando da elaboração da atual Constituição Federal, reconhece o legislador a necessidade de regulamentação da matéria referente às interceptações, trazendo então inovador dispositivo em seu artigo 5º, inciso XII que se um lado garante o sigilo das comunicações, de outro possibilita a interceptação telefônica para fins probatórios em investigação criminal ou instrução processual penal.

Para compreender-se então a natureza e a extensão do permissivo constitucional, necessário se apresenta um estudo acerca de alguns direitos e garantias com ele correlacionados e também presentes no texto constitucional, quais sejam, o direito à prova, o direito à ampla defesa e ao contraditório e a vedação da admissão no processo das provas ilícitas. Somente após este exame é que se poderá realizar um estudo do que efetivamente seja o direito ao sigilo das comunicações, das suas correlações com o direito à intimidade assegurado à todos os cidadãos e da possibilidade legítima de limitação destes direitos.

Contudo, antes de se entrar no estudo da lei propriamente dita, para sua melhor compreensão, necessário se faz ainda um breve relato sobre a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial no que toca à possibilidade de utilização deste meio de obtenção de prova desde antes da Constituição Federal de 1988 até depois de sua edição.

A Constituição Federal ao permitir a interceptação telefônica como meio de obtenção de prova exige a edição de lei regulamentadora que venha a explicitar pormenorizadamente as hipóteses de cabimento e o procedimento a ser adotado na

execução da medida. Depois de alguma incerteza doutrinária e jurisprudencial, entendeu-se pela necessidade de elaboração de nova lei acerca da matéria dada a insuficiência da legislação existente para realizar a regulamentação exigida pelo texto constitucional. Sendo assim, editou-se então a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996.

É do estudo deste diploma legal que se pode realizar uma compreensão acerca da temática das interceptações telefônicas em nosso país, destacando-se todas hipóteses em que se admite a utilização deste meio de obtenção de prova, dos cuidados que se deve ter na efetivação do procedimento, da extensão da permissão constitucional e do que realmente se entende por interceptação telefônica.

Importante também é realizar-se análise crítica da lei, apontando suas inúmeras deficiências, tanto de temas que tratou de forma insuficiente ou equivocada, ou que simplesmente deixou de fazer qualquer menção. Neste aspecto cite-se como exemplo a inexistência de um rol taxativo de crimes que possam utilizar-se das interceptações como forma de obtenção de prova, a discutível constitucionalidade da previsão das interceptações também para comunicações por via de informática e telemática, ou a ausência de regulamentação em relação aos chamados conhecimentos fortuitos de crimes, ou do chamado “efeito à distância”, entre outros.

Nesta análise, indispensável é a verificação da elaboração doutrinária e jurisprudencial apresentada em diferentes países acerca do tema abordado, que em muito podem contribuir para a elucidação das questões que ainda se encontram em aberto em nosso país.

II) DO DIREITO À PROVA E DO DIREITO AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

A Constituição Federal Brasileira de 1988 claramente dispõe acerca da inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI), assim entendidas as provas colhidas em infringência ao direito material e/ou que firam princípios e normas constitucionais.

Dentre os direitos assegurados pelo texto constitucional, pode-se destacar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante, a inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio, do sigilo das correspondências e das comunicações, respeito à integridade física e moral dos presos, a privação da liberdade ou bens apenas mediante o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, incluindo aqui o direito à prova, o direito ao silêncio, a liberdade provisória, entre outros.

Contudo, a própria Constituição admite algumas exceções a estes direitos, tais como a possibilidade de realização de buscas domiciliares mediante mandado e atendendo a determinados requisitos, ou as interceptações telefônicas, admitidas para fins de investigação criminal ou processual penal, de acordo com o que dispuser a lei (inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal).

Levando-se isto em consideração, a análise de determinados pontos torna-se imprescindível para a compreensão do alcance das garantias dadas pela atual Constituição Federal e das limitações impostas na busca de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

1 - O DIREITO À PROVA

Como direito à prova se entende a faculdade que possuem os sujeitos processuais de participar ativamente na produção da prova no processo, entendida esta

participação como a capacidade de requer sua admissão e também de participar ativamente de sua confecção. No processo penal relaciona-se com a reconstrução histórica do fato imputado ao agente a fim de comprovar a acusação realizada ou então permitir o exercício do direito de defesa.

1.1 Questões Gerais

A palavra prova significa, segundo TOURINHO FILHO ¹ “os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.”

Contudo, este não é o único sentido em que é empregada a palavra prova no direito processual. Verifica-se que a prova pode ser vista sobre três aspectos: como meio de prova (instrumento utilizado para formar a convicção do juiz), resultado (convicção formada no processo pela autoridade judicial sobre a veracidade, existência dos fatos narrados) e como atividade probatória (complexo de atos que visam formar a convicção da autoridade decidente).²

Objeto de prova pode ser qualquer coisa, fato ou objeto a ser demonstrado, visando à reconstrução histórica de fato tido como delituoso. Sendo assim, normalmente o direito não é objeto de prova, o sendo apenas os fatos a que se refere, fatos estes que devem ser relevantes para o processo penal.* A prova pode ser direta, quando se refere diretamente ao fato a ser provado, ou indireta, quando se refira a outro fato ligado ao fato a ser provado.

¹ TOURINHO FILHO, F. C. Processo Penal, 11ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 203.

² SILVA, G. M. Curso de Processo Penal. v. II, 2ªed. Lisboa: Editorial Verbo, 1994. p. 77 et seq.

* Observa-se que no Processo Penal, assim como no Processo Civil, os fatos notórios não precisam ser provados, contudo, o mesmo não se pode dizer em relação aos fatos incontroversos, visto serem estes categoria de certa forma inexistente no Processo Penal, no qual não se pode falar em fatos incontroversos propriamente, visto que mesmo estes devem ser objeto de prova obrigatoriamente. Assim, não se admite, por exemplo, a confissão ficta em Processo Penal.

O ônus de produção das provas no Processo Penal é matéria de divergência na doutrina. Relaciona-se intimamente com o Princípio da Presunção de Inocência do acusado, inserido no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LVII. *

De acordo com este princípio, ninguém pode ser julgado culpado antes que se demonstre a veracidade dos fatos a si imputados através de prova inequívoca e legalmente constituída. Desta forma, não sendo obtida prova suficiente para demonstrar a culpabilidade do agente, ou seja, pairando ainda alguma dúvida insanável sobre a verdade dos fatos, entende-se que deve o acusado ser absolvido.³

Desta forma há que entenda que não cabe ao acusado a produção de qualquer prova. Conforme explica GOMES FILHO⁴, aqueles que defendem tal posicionamento tratam o princípio da presunção de inocência como uma presunção *iuris tantum*, dispensando, assim, seu beneficiário de qualquer encargo. Ao Ministério Público caberia provar a presença de todos os elementos sobre os quais se funda a pretensão punitiva e a inexistência de elementos que viessem a obstar o surgimento desta pretensão, visto que é no caso de ausência de prova acerca de um fato que este se resolveria em prejuízo da parte sobre a qual pesa o ônus da prova.

Outros entendem inexistir qualquer ônus de prova em matéria criminal tanto para acusação como para defesa, cabendo ao juiz, em decorrência do dever de busca da verdade real, esclarecer os fatos submetidos a seu julgamento, sendo a absolvição a única medida no caso de dúvida em decorrência do princípio do *in dubio pro reo*.

Por fim, há quem entenda que o ônus probatório no processo penal recaia sobre ambas as partes, tendo em vista o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, que dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, ficando o juiz com uma atividade supletiva no que tange à produção de prova, devendo atuar *ex*

* Segundo GERMANO MARQUES, “este princípio destina-se a proteger as pessoas que são objeto de uma suspeita ou acusação, garantindo que não serão julgadas culpadas enquanto não se demonstrarem os factos da imputação através de uma actividade probatória inequívoca. Só a prova dos factos imputados, obtida legalmente, pode servir para destruir a presunção provisória de inocência.” SILVA, G. M. op. cit. p. 89.

³ Sobre a presunção de inocência ver DIAS, J. F. A proteção dos direitos do homem no processo penal. In: Revista da associação dos magistrados do Paraná. Curitiba, nº 19, ano 5, p.37-60, jan./mar. 1980.

⁴ GOMES FILHO, A. M. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 38.

officio quando não provadas as matérias de acusação ou defesa e existindo ainda prova a ser explorada.* Há que se observar que ao Ministério Público cabe fazer prova da acusação realizada, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, contudo, o acusado deve provar todos os fatos que alega, a fim de não se ver prejudicado (é caso, por exemplo, de alegações de legítima defesa que venha a realizar).

Sobre o dever de busca da verdade por parte do juiz acima referido, cabe ressaltar que a verdade pretendida pelo processo penal é a verdade processual, entendida esta como o resultado probatório obtido através de meios lícitos e processualmente admissíveis. Tanto a atividade do juiz, quanto a atividade das partes no que tange ao processo de produção de provas devem reger-se de forma a assegurar um processo justo e não atentatório à dignidade dos cidadãos.

Já se entendeu que a verdade que devia ser obtida era a verdade absoluta. Contudo, tal entendimento foi afastado tendo em vista que inúmeros atos atentatórios à dignidade humana eram cometidos quando da busca desta verdade real, sobretudo em matéria probatória. Claro fica hoje que a busca da verdade não pode ser dada a todo e qualquer preço, não pode ser este o interesse considerado como prevalente pelo Estado, em detrimento da integridade dos próprios indivíduos.

Hoje apenas as provas produzidas legalmente podem ser valoradas pelo juiz quando da prolação da sentença. Adota-se o princípio do livre convencimento, segundo o qual o juiz pode decidir de acordo com seu entendimento, desde que conforme e limitando-se às provas presentes nos autos, devendo demonstrar os fundamentos de sua convicção. Tais imposições servem como garantia contra arbitrariedades e como forma de possibilitar ao acusado a possibilidade de impugnação

* TOURINHO FILHO entende que “em casos excepcionais, quando a dúvida assaltar o espírito do julgador, poderá este procurar dirimi-la, determinando a realização de diligências com tal objetivo. Por outro lado, atente-se para a circunstância de que o art. 156 diz que o Juiz *poderá*... Não há nenhuma obrigação para ele. Entretanto, em relação às partes, o mesmo dispositivo proclama que ‘a prova da alegação incumbe a quem a fizer...’ A atividade do Juiz, pois, é meramente supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas, sob pena de sua desídia levá-las a um resultado desfavorável”. TOURINHO FILHO. op.cit.. p.215.

dos atos decisórios no caso de erro quanto à valoração das provas presentes nos autos.⁶ As partes possuem o direito de verem valoradas todas as provas por elas produzidas desde que sejam legítimas e processualmente admissíveis.⁷

1.2 – Os meios de prova e os meios de obtenção de prova

A distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova não se observa presente na legislação nacional. Tanto o é que consideram os doutrinadores como meios de prova todos os atos destinados a demonstrar a verdade e realizar a formação da convicção do juiz. Contudo, deve-se fazer aqui uma distinção:

Meios de prova são todos os modos, esquemas autorizados pela lei que possam servir à comprovação da verdade que se procura no processo.* Todos os meios de prova são admissíveis, salvo expressa disposição legal (CF, artigo 5º, inciso LV). A atipicidade dos meios de prova refere-se apenas aos meios não previstos em lei, quanto aos previstos, devem subsumir-se integralmente aos dispositivos legais. São exemplos de meios de prova, os testemunhos, as perícias e as provas documentais.

As provas testemunhais são dos mais relevantes meios de prova para o processo penal, já que, na maioria das vezes, é através delas que se obtém a reconstrução dos fatos, na busca da verdade processualmente admitida, muito embora as falhas sejam extremamente comuns na sua obtenção dada a diversidade de percepções, de memória e também a facilidade de ocorrerem fraudes em sua produção.

Testemunha é a pessoa que presta declarações sobre fato ou sobre outra pessoa de que tenha conhecimento direto ou indireto. Os testemunhos são, em geral, orais, prezam pela objetividade, não cabendo à testemunha valorar os fatos que descreve e

⁶ GRINOVER, A.P. FERANDES, A. S. , GOMES FILHO, A. M. As nulidades no processo penal. 6ª ed. ver.,amp. e atual. com a jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 124/125

⁷ Id.

* A distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova é feita claramente por Germano Marques ao comentar os dispositivos do Código de Processo Penal Português. SILVA, G. M. op. cit. p.81 et. seq.

referem-se sempre à fatos pretéritos.⁸De natureza semelhante às provas testemunhais são as declarações prestadas pelo argüido, pelas partes e pelo assistente.

A prova documental a que alude o Código de Processo Penal é toda a prova escrita, constante de papéis públicos ou particulares e também documentos gráficos, imagens, sons, etc. Adota-se um conceito ampliativo de prova documental que não se restringe apenas aos documentos que tomam corpo em papel e que são escritos. O direito à prova documental é amplo, admite-se sua produção em qualquer fase do processo (exceção feita à juntada de documentos no procedimento do júri), desde que observados os princípios do contraditório e ampla defesa, bem como sejam as provas documentais produzidas por meios lícitos e processualmente admissíveis.⁹

“A prova pericial é aquela que decorre do exame realizado sobre fatos ou condições de determinadas pessoas por quem possui conhecimento técnico. Essa pessoa é o perito.”¹⁰ Neste tipo de prova impõe-se a possibilidade das partes requerem sua produção bem como apresentarem quesitos que visem o esclarecimento do fato a ser provado. Assegura-se também o direito de acompanhamento de sua produção, ressaltando-se que, ao contrário do processo civil, as partes não podem realiza-las através de assistentes técnicos, o perito aqui é sempre do juízo. Peritos particulares apenas podem elaborar pareceres técnicos.

Por meios de obtenção de prova entende-se os instrumentos usados pelas autoridades judiciárias na colheita dos meios de prova. Não são, como os meios de prova, fontes de conhecimento, mas modos utilizados no processo de aquisição destas fontes formadoras de convicção.¹¹ Os meios de obtenção de prova são, em geral, procedimentos de natureza cautelar, ou seja, marcados pela necessidade de obtenção urgente da prova que pode vir a perder-se, logo, tanto podem iniciar um procedimento investigatório quanto incidirem neste ou no processo.

⁸ FERNANDES, A.S. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70/71.

⁹ Ibid. p. 73/74.

¹⁰ Ibid. p. 75.

¹¹ SILVA, G. M. op. cit. p. 163/164.

O Código de Processo Penal Português traz uma disciplina específica dos meios de obtenção de prova. Os exames, segundo explica GERMANO MARQUES, são inspeções realizadas no local do crime, nas pessoas ou nas coisas com ele relacionadas com vistas a recolher os indícios deixados ou permitir a manutenção do estado de coisas e lugares como medida cautelar quanto aos meios de prova. Não se confundem com as perícias por não precisarem de qualquer conhecimento técnico para ser realizados.¹² Observa-se que o Código de Processo Penal nacional não faz uma previsão expressa a este meio de obtenção de prova, referindo-se apenas ao Exame de Corpo de Delito e às perícias em geral.

Busca, segue dizendo o autor, é a diligência pela qual se procura coisa ou pessoa que tenha relação com um fato criminoso em determinado lugar não acessível ao público. É uma investigação, uma pesquisa a ser realizada em um local visando o descobrimento de algum fato, no caso, a descoberta de objeto ou pessoa relacionado a um crime do qual se suspeite a ocultação. Pode ser determinada durante todo o procedimento criminal, até mesmo antes da instauração do inquérito como medida acauteladora.¹³

As revistas em muito se assemelham às buscas, residindo a diferença apenas no fato de que o objeto ou instrumento que se busca está não em um lugar, mas junto de uma determinada pessoa. A revista não visa propriamente o corpo da pessoa que a sofre, mas uma possível ocultação de prova que seu corpo ou sua indumentária possam guardar. Sendo assim pode recair no acusado, na vítima ou em qualquer outra pessoa da qual se suspeite traga consigo objeto relacionado ao crime.¹⁴ As revistas seriam, assim, buscas pessoais, conforme trata o direito brasileiro.

As buscas e as revistas podem ser determinadas de ofício pela autoridade judiciária, bem como podem ser requeridas por qualquer das partes. Em geral, são

¹² Ibid. p.164/165.

¹³ Ibid., p. 167/168

¹⁴ Id.

medidas acauteladoras tomadas obrigatoriamente pela autoridade judiciária visando formar o corpo de delito.

A apreensão é uma medida que, em geral, sucede a busca ou a revista. Contudo, por ser realizada sem que estas ocorram, quando, por exemplo, o objeto ou os instrumentos do crime são entregues pelo agente livremente à autoridade judiciária. Das buscas que resultem apreensões de objetos relacionados com o corpo de delito, deve-se lavrar auto circunstanciada que pormenorize o resultado obtido. Contudo, ressalta-se que a busca nem sempre é positiva, ou seja, a apreensão é medida diversa e em nada se relaciona com a busca propriamente dita.

As apreensões podem recair sobre todos os objetos relacionados à prática de um crime pretérito ou futuro, sobre objetos que sejam fruto, produto ou lucro do delito cometido ou que tenham sido nele utilizados como instrumentos. Documentos em posse do defensor do acusado só podem ser apreendidos quando relacionados ao corpo de delito, garantia imprescindível à administração da justiça.

Elenca ainda o autor como meio de obtenção de prova as chamadas escutas telefônicas, utilizáveis apenas para obtenção de prova em matéria de processo criminal e para crimes pré-determinados em lei. Na mesma linha adotada pelo legislador nacional, observa-se a necessidade de autorização judicial para que se realizem verificando-se o real interesse da utilização deste meio de obtenção de prova para a elucidação dos fatos.¹⁵

1.2.1 - Garantias constitucionais em relação a essas medidas

Entende-se como sendo as garantias constitucionais as medidas postas à disposição dos cidadãos pela Constituição Federal e que visam a proteção de seus direitos fundamentais. Ou seja, as garantias constitucionais são os meios de funcionalização dos direitos fundamentais, entendidos estes como direito à vida, à

¹⁵ Ibid. p. 172 et seq.

liberdade, à igualdade, direito à intimidade, à vida privada, à segurança, ao sigilo das correspondências e das comunicações, entre outros.

À luz dos preceitos da atual Constituição Federal, a atividade probatória torna-se um dos momentos mais importante do processo. As garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa estão intimamente a ela ligadas, haja vista a possibilidade das partes atuarem positivamente no processo em defesa de suas alegações. Contraditório e ampla defesa são princípios intimamente ligados, enquanto o primeiro se refere à ciência bilateral dos atos processuais, o segundo refere-se à possibilidade de contraditar as provas contra si produzidas e realizar outras na tentativa de comprovação de seus interesses da maneira mais ampla possível.¹⁶

A possibilidade de produção de provas no processo deve dar-se de forma igualitária sob pena de incorrer-se em cerceamento de defesa, idéia que reflete a isonomia probatória das partes, reflexo do direito de igualdade assegurado pela Constituição Federal.

O Código de Processo Penal não elenca taxativamente as espécies de provas a serem admitidas no processo. Tal entendimento está em consonância com o texto da Constituição Federal que em seu artigo 5º, inciso LV dispõe expressamente sobre a garantia da ampla defesa, assim entendida como a possibilidade de assegurar aos sujeitos do processo todos os meios possíveis de provarem suas alegações perante o juiz, de demonstrarem seus direitos, desde que venham a utilizar-se de meios lícitos e moralmente admissíveis. Neste passo é que a Constituição proíbe a utilização de quaisquer provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5.º LVI), como salvaguarda da integridade e da dignidade das pessoas.

BARBOSA MOREIRA, citado por SCARANCE FERNANDES, resume o conteúdo do contraditório no que toca à atividade probatória, dizendo que são três as exigências fundamentais impostas:

¹⁶ CINTRA, A.C., GRINOVER, A.P., DINAMARCO, C.R. Teoria Geral do Processo. 6ªed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.p.55/57.

“- necessidade de conceder iguais oportunidades de *pleitear* a produção de provas;

- inexistência de disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas pelo órgão jurisdicional;

- igualdade, para as partes, de possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.”¹⁷

Inobservadas quaisquer destas exigências, uma ilegalidade estaria verificada, impedindo a utilização da prova no processo. O desrespeito ao contraditório ocasiona a impossibilidade de valoração da prova produzida, que jamais pode servir de embasamento a uma decisão judicial.

A Constituição elevou a nível constitucional o direito de ação quando, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabeleceu o princípio da proteção judiciário, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A fim de que se solucionem os conflitos, deve a Constituição também fornecer os instrumentos necessários para que as pessoas que buscam a tutela do Estado possam demonstrar, da melhor maneira possível, a existência de seu direito. De nada bastaria a Constituição assegurar o direito de ação e não fornecer meios eficazes, idôneos para que as pessoas demonstrassem os fatos e direitos que alegam. Neste contexto é que se inserem as garantias do contraditório e da ampla defesa.

No que se refere aos meios de obtenção de prova, contudo, algumas peculiaridades são observadas quanto às garantias referidas. Como medidas cautelares que são, ou seja, dada a urgência com que são praticadas, visto pretenderem evitar perdas ou alterações, nas provas as serem produzidas para formar a convicção do magistrado, muitas vezes o contraditório não pode ser realizado conjuntamente com a produção da prova, ou seja, vai ser ele diferido, postergado para o momento posterior

¹⁷ MOREIRA, B.A garantia do contraditório na atividade de instrução – Temas de direito processual (terceira série), p. 67.

ao fim da medida de obtenção de prova, quando da introdução, no processo, do meio de prova colhido.

A doutrina majoritária entende que não ocorrem perdas ao acusado no caso de ser o contraditório diferido. Conforme assegura a Constituição Federal devem as partes ter ciência das provas produzidas e devem poder contradita-las, ou seja, mesmo que em momento posterior, pode o acusado, nestes casos, realizar a impugnação do meio utilizado na colheita da prova, da forma que se deu a diligência ou do resultado trazido ao processo, de modo que seu direito de defesa não fica, assim, cerceado.

1.2.2 - Princípios informativos para a decretação das medidas cautelares

Segundo BREDA, alguns princípios devem ser observados quando da determinação destas medidas cautelares para a obtenção e prova tendo em vista a maior facilidade de ocorrerem aqui riscos aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente à todos os cidadãos, sobretudo em casos como na quebra de sigilo bancário ou nas interceptações telefônicas.¹⁸

Primeiramente tem-se que ter em vista que devem estas medidas ser tomadas apenas em caráter excepcional visto significarem ingerências na vida privada, na intimidade das pessoas. Ou seja, deve haver a comprovação da necessidade real da utilização daquele meio de obtenção de prova para a comprovação da prática delituosa que se imputa ao agente. Quando se puder realizar a prova desejada por meios diversos, menos atentatórios aos direitos dos indivíduos, tais medidas devem ser deixadas de lado.

A necessidade deve ser entendida na perspectiva de somente ser utilizada uma medida cautelar de produção de prova quando imprescindível para a reconstrução do fato a ser objeto de prova. Se o fato puder ser provado sem a decretação desta medida, deve ela ser deixada de lado.

¹⁸ Informação verbal do autor (agosto de 2002).

Caso não ocorram perdas no sentido da verificação correta e ampla dos fatos a serem provados, caso não seja, enfim, estritamente necessária a medida, deve ela ser indeferida pelo juiz ou autoridade judiciária competente para sua realização. Deve ser demonstrada a indispensabilidade do meio de prova e a sua adequação com o que se busca provar.

A subsidiariedade implica que a medida seja a única capaz de efetivar a prova da alegação. No caso de existirem outros meios de prova tão ou mais eficazes que este, devem ser eles adotados em detrimento das medidas cautelares. A aplicação das cautelares é subsidiária, ou seja, cabível apenas quando inexistir outra forma de produzir a prova desejada.

A adequação refere-se ao fato de que os meios utilizados para a obtenção da prova devem ser adequados, condizentes com o fim que se busca. Por exemplo, no caso de uma quebra de sigilo telefônico ou bancário, atos atentatórios à intimidade das pessoas, deve-se ter em mente o fato que se busca provar, incabível seria a adoção de uma medida de tal drasticidade pra prova de menor importância, ou que com as medidas nenhuma correlação pudessem ter.

1.2.3 -Nulidades

No que toca à atividade probatória o tema das nulidades está intimamente ligado às chamadas proibições de prova. Três situações podem ser verificadas acerca das provas proibidas: 1) a proibição pode ser verificada antes da admissão da prova no processo, devendo esta ser vedada, é caso de não admissão do meio de obtenção de prova; 2) a proibição é verificada posteriormente à admissão no processo da prova, mas antes de sua valoração, neste caso, vedada fica sua valoração; 3) a prova foi já valorada, neste caso a decisão que nela se baseie deve ser tida como nula, sendo, portanto, invalidada.

GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO explicam que a menor sanção que se pode considerar em relação às provas ilícitas é sua nulidade absoluta, não podendo ser elas tomadas como fundamento de qualquer decisão, contudo, tendo-se

em vista que a Constituição Federal de 1988 veda expressamente a admissão destas provas, não podem elas ser consideradas como prova, logo, não seria este um caso de nulidade, mas de inexistência jurídica.¹⁹

Neste mesmo sentido aponta AVOLIO, para quem a vedação imposta pela Constituição deve extrapolar a simples inadmissibilidade das provas ilícitas, devendo abranger os demais momentos relativos à prova, quais seja, a sua produção e a sua valoração pelo juiz. Segue o autor dizendo que “a consequência que decorre da utilização da prova ilícita é, inapelavelmente, a da sua ineficácia, como imposição lógica da sua inexistência jurídica como ato ou como prova”, em relação à sentença que se baseie numa prova ilícita, será “inquinada da nulidade, dando margem à revisão criminal ou *habeas corpus*”.

2 – A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no tema das proibições de prova ao dispor expressamente em seu artigo 5.º, inciso LVI o princípio da vedação das provas ilícitas.

Convém fazer-se uma distinção entre as chamadas provas ilícitas e ilegítimas, com as quais não se confundem. Predomina na doutrina o entendimento de que as provas vedadas pelo ordenamento (ilícitas ou ilegítimas), são todas aquelas contrárias a uma norma legal ou a um princípio de direito positivo, sendo que a vedação imposta pelo ordenamento pode ser absoluta ou relativa. A distinção entre provas ilícitas e ilegítimas reside no fato de a proibição de realização ser imposta pela lei material ou pelo direito processual. No primeiro caso trata-se de uma prova ilícita, no segundo, de uma prova ilegítima.

GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO muito bem explicam tal diferenciação:

¹⁹ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit. p. 106.

No campo das proibições de prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.²⁰

Seguem os autores citando NUVOLONE, “A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade; mas, enquanto no primeiro caso haverá um ‘ato ilegítimo’, no segundo caso haverá um ‘ato ilícito’.”²¹ Como exemplo de provas ilegítimas cite-se a proibição de depor em relação a fatos que constituam sigilo profissional (artigo 207 do Código de Processo Penal) ou a recusa de depor por parentes e afins do acusado (artigo 206 do Código de Processo Penal). Dentre as provas ilícitas pode-se citar a prova obtida por meio de tortura, pela quebra do sigilo da correspondência, com violação do domicílio, etc.

Nas provas ilegítimas a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, nas ilícitas durante sua produção, que pode ser anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externo a ele.²² As provas ilegítimas são indiscutivelmente atingidas pelas nulidades visto infringirem normas processuais. Tais provas são sempre consideradas ineficazes, são provas processualmente inadmissíveis.

Em relação às provas ilícitas, contudo, problemas vários apareceram, dividindo doutrina e jurisprudência no que toca a admissibilidade ou não das provas ilícitas. GRINOVER, em sua obra “Liberdades Públicas e Processo Penal”, destaca três diferentes correntes: uma primeira que propugnava a admissibilidade das provas ilícitas. Segundo esta corrente a prova deveria ser processualmente inadmissível somente quando violasse uma norma processual. Violações de normas materiais apenas implicariam na punição daquele que produzira a prova ilícita, mas quanto a

²⁰ GRINOVER, A. P., FERNANDES, A. S., GOMES FILHO, A. M. op. cit. p. 131.

²¹ NUVOLONE, Pietro. *Lê prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. Rivista di Diritto Processuale, 21, 1966.

²² AVOLIO, L. F.T. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.44.

prova em si, nada impedia a sua introdução no processo visto inexistir vedação processual. Uma segunda corrente defendia a inadmissibilidade das provas ilícitas com vista à unidade do ordenamento jurídico. Para esta teoria a ilicitude é um conceito geral do direito, sendo assim, para que uma prova seja inadmissível no processo basta que tenha sido obtida ilegalmente, violando quaisquer normas jurídicas, sobretudo aquelas que visam a proteção de direitos fundamentais. Por fim, destaca a autora uma terceira hipótese que considera como inadmissíveis as provas ilícitas por considera-las como inconstitucionais. Segundo este entendimento as provas ilícitas devem ser consideradas rejeitadas mesmo inexistindo norma processual que as considere como inadmissíveis, sempre que venham a infringir normas constitucionais expressas ou princípios gerais da Constituição, fazendo-se uma ressalva, contudo, no que toca à aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo o qual mesmo uma prova ilícita pode vir a ser admitida quando sua vedação possa produzir resultados desproporcionais e/ou repugnantes.²³

Tal problema foi superado no direito brasileiro, como dito, com a edição da Constituição Federal de 1988, que traz uma vedação explícita da admissão das provas ilícitas no processo, acabando com qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial ainda existente (alguns tribunais admitiam a utilização de provas ilícitas, como interceptações telefônicas, por exemplo, principalmente em questões de família, com a justificativa de que tratavam de direitos indisponíveis).

COSTA ANDRADE transcreve o pensamento de OTTO KLEINKNECHT em sua obra “Sobre as proibições de prova em Processo Penal”, explicando o porquê da necessidade de vedação da utilização das provas ilícitas no processo como forma de garantia, de legitimação do atual Estado Democrático de Direito:

Na síntese do autor, ‘ao punir um delinqüente, o Estado só poderá fazê-lo em nome da pretensão de agir como *guardião do direito*. Uma pretensão que acaba por perder a credibilidade sempre que a sua imposição assenta na violação do direito’. O que equivale a

²³ GRINOVER, A. P. *Liberdades públicas e processo penal: As interceptações telefônicas*. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.104 et. seq.

concluir pela exclusão dos meios de prova logrados pelo Estado à custa da sua própria infração da lei. De outra forma, argumenta o autor, perder-se-á a legitimação da pena. Tanto do ponto de vista *normativo* ('é o Estado a contrariar a sua própria pretensão ao violar o direito para garantir o direito') como psicológico (precluindo-se a eficácia preventiva, tanto geral como especial, da pena). (Acrece que este procedimento acaba por atingir gravemente a imagem *Ansehen*) do Estado. 'Enquanto Estado de Direito, ele tem de aparecer perante o delinqüente como um poder dotado de superioridade ética e não apenas como uma mera máquina de coerção (*Gewaltmaschinerie*) apostada em domina-lo, numa luta à margem de todas as regras.²⁴

O direito à prova não pode ser visto em termos absolutos, encontra suas limitações no convívio com outros direitos fundamentais assegurados aos indivíduos. Neste passo é que se observam as proibições de prova, como forma de garantir a proteção aos direitos de personalidade dos cidadãos. Sendo assim, abandona-se a idéia, no processo penal, da busca da verdade absoluta por uma verdade processualmente válida.

GERMANO MARQUES explica muito claramente o porquê da existência de tais limitações:

... as proibições de prova são estabelecidas por lei para proteção de certos direitos ou interesses fundamentais e representam, por isso, limites à descoberta da verdade. Esses direitos ou interesses não consentem a sua limitação, ou só o consentem em certas circunstâncias, ainda que com o fim probatório em processo penal.

Entre o interesse público na perseguição penal e o interesse público também da tutela de determinados interesses, a ordem jurídica opta por uns ou outros, conforme considere que devem prevalecer, pois a perseguição penal não é necessariamente o interesse predominante da vida em sociedade. Por isso, os meios utilizados em ordem à repressão penal têm de acomodar-se aos princípios jurídicos que predominam num dado momento e aos valores fundamentais da nossa civilização.²⁵

Sendo assim, tem-se que a busca da verdade não é valor absoluto para o Processo Penal, que não pode se utilizar de quaisquer meios, mas somente daqueles considerados justos e legalmente admissíveis para a formação da convicção.

²⁴ OTTO, Kleinknecht-Fs. pg. 330.

²⁵ SILVA, G. M. op. cit. p. 103.

3 - O DIREITO À INTIMIDADE E O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

Atualmente, é no combate a chamada criminalidade organizada que muitas vezes se faz necessária à limitação a algum direito ou garantia fundamental com vistas a garantir a segurança dos demais indivíduos. Ou seja, é do confronto entre o interesse social (segurança e justiça) e a liberdade individual, que surge o problema da proteção da intimidade.

O direito à intimidade é um dos direitos correlacionados com a proteção da personalidade dos indivíduos. Como direito à personalidade entende-se todo aquele conjunto de direitos e garantias subjetivos mínimos a serem assegurados aos cidadãos sem os quais deixariam estes de ser pessoas. O direito à intimidade, como parte integrante dos direitos da personalidade, possui várias apresentações no ordenamento jurídico dentre os quais pode-se destacar o direito à imagem, à inviolabilidade do domicílio, o sigilo das correspondências, o direito ao segredo, à obra intelectual, entre outros tantos possíveis, visto que o rol apresentado pela lei é apenas exemplificativo e não taxativo.²⁶

O texto constitucional brasileiro de 1988 prevê expressamente em seu artigo 5.º, inciso X a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Esta proteção da intimidade é posta tanto frente aos demais indivíduos quanto em relação ao Estado. No tocante ao Estado, o problema se reflete tanto no poder de polícia como na atividade judiciária. Observa-se que o Estado frequentemente invade a esfera privada dos cidadãos a pretexto da realização de interesses públicos, muitas vezes arbitrariamente.

SAMPAIO FERRAZ explica que vida privada e intimidade não se confundem, muito embora usadas indistintamente por muitos comentadores. Intimidade é o âmbito exclusivo do que alguém reserva para si, sem repercussão social

²⁶ GRINOVER, A.P. Liberdades públicas...p. 72 et. seq.

(um diário íntimo, as convicções, etc). Vida privada envolve a proteção das formas de convivência, envolve as relações com alguém, excluindo terceiros.²⁷

Segundo COSTA JÚNIOR, o direito à intimidade não deve ser confundido com o direito à honra. Honra é a dignidade pessoal refletida na consideração da sociedade e da própria pessoa. Atos que afrontem a honra das pessoas necessariamente não ofendem a sua intimidade e vice-versa. A afronta a estes direitos pode, apenas em determinadas circunstâncias, ser simultânea, quando a revelação de um fato pode ser passível de apreciação desfavorável no ambiente social.²⁸

Segue o autor explicando que a doutrina faz uma divisão entre direito ao segredo e direito de reserva, sendo visto o primeiro como o direito de impedir que terceiros conheçam particularidades da vida alheia e o segundo como o direito de impedir a divulgação de notícias lícitamente conhecidas pelo divulgador. O direito à intimidade tutela ambos estes interesses, proibindo tanto os atos de intromissão, como os atos reveladores.

Seguindo esta linha de distinção e, aplicando-a ao sigilo das comunicações, GRINOVER explica que o “sigilo das correspondências e das comunicações só pode referir-se a seu conteúdo, enquanto o direito à reserva também engloba suas manifestações exteriores”, sendo em ambos os sentidos que o sigilo das correspondências se tornam uma expressão do direito à intimidade. Assim conclui:

Ora, o sigilo da correspondência e das comunicações é, portanto, uma expressão do direito à intimidade, genericamente entendido; e sua tutela se faz que mediante a proteção do segredo (contra o conhecimento ilícito do conteúdo da correspondência), quer mediante a proteção da reserva (contra a divulgação abusiva que se segue a seu conhecimento, mesmo que legítimo).²⁹

²⁷ FERRAZ JUNIOR, T.S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: Revista dos Tribunais, ano 01, out-dez/1992, p. 143.

²⁸ COSTA JUNIOR, P.J. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35/36.

²⁹ GRINOVER, A.P. op. cit. p. 193.

Assim, o tema das interceptações telefônicas relacionado está com a tutela da intimidade haja vista ser o sigilo das comunicações uma das formas de sua manifestação. Assim é que a possibilidade aberta pela Constituição Federal de 1988 de realizar-se interceptações nas comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal apresenta-se como restrição ao direito fundamental acima descrito.

Ao Estado cada vez mais vem se tornando difícil a luta contra a crescente e especializada criminalidade. Muitas vezes, apenas medidas drásticas, limitadoras de direitos constitucionalmente garantidos são capazes de bem realizar a atividade jurisdicional, a despeito da segurança individual acima referida. Nesta perspectiva é que o próprio texto constitucional dispõe sobre hipóteses de restrições aos direitos fundamentais.

Estas restrições são admitidas apenas em casos excepcionalíssimos e condicionadas a requisitos expressos. Exemplo claro destas limitações é dado pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. A princípio, analisando-se o texto das Constituições Federais anteriores à 1988, ilícitas seriam quaisquer interceptações telefônicas realizadas, visto que o sigilo das comunicações era tido como absoluto. Contudo, tendo em vista o panorama atual da sociedade e a necessidade de uma atuação eficaz do Estado no combate ao crime, aberta foi a possibilidade de realizar-se, lícitamente, interceptações telefônicas, como espécie regulamentada de limitação ao direito ao sigilo das comunicações.

Argumenta-se que a disposição em lei acerca da possibilidade de restrição do sigilo das comunicações através de uma interceptação telefônica deve ser vista mais como uma forma de garantia do próprio direito à intimidade e não propriamente como uma restrição, haja vista que a previsão legal incrimina as ingerências que não se submetam ao procedimento legal e as limita apenas a casos especiais. Observa-se que antes da edição do texto legal, maiores eram as intromissões na vida privada das pessoas, como bem se observava na atuação da polícia judiciária.

III) HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A temática das proibições de provas ilícitas sofreu grande evolução na doutrina e na jurisprudência, havendo divergência acerca sobre a admissibilidade ou não destas provas no processo. Com a expressa previsão constitucional de 1988 sobre a inadmissibilidade, passou a doutrina a debater-se com o problema das interceptações telefônicas permitidas em regime de exceção pelo texto constitucional.

A exigência de lei regulamentadora do inciso XII do artigo 5º da Constituição muitos problemas criou nos tribunais brasileiros dada a omissão do legislador na sua edição. Tal omissão só foi suprida em 1996, ou seja, sete anos após a entrada em vigor da atual Constituição, com a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996.

1 – AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO DIREITO COMPARADO

Antes de se fazer uma explanação sobre a evolução da matéria no direito brasileiro, importante é ressaltar sua disciplina frente o direito internacional, dada a grande influência dele recebida.

1.1 – Itália

A Constituição Italiana proclama em seu artigo 15 a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações. Segundo este artigo, os limites a uma possível interceptação devem ser dados pela autoridade judiciária em ato motivado e respeitando as garantias previstas em lei.

O Código de Processo Penal Italiano (Código Rocco) tratava já das interceptações em seus artigos 226 e 339, segundo os quais, eram estas permitidas à polícia judiciária, independentemente de autorização judicial e, se efetivadas durante a

instrução, prescindiam de motivação. Tais disposições afrontavam claramente o texto constitucional. A fim de adequar estas normas aos princípios da Constituição, editou-se a Lei 517, de 18.06.1955, que modificou a redação dos referidos artigos, estabelecendo a necessidade de autorização motivada para a prática das interceptações. Contudo, a disciplina específica acerca das interceptações apenas foi introduzida no Código Penal Italiano pela Lei 98 de 08.04.1974.³⁰

O Código de Processo Penal italiano dispõe que as interceptações podem ser realizadas apenas por iniciativa do Ministério Público e mediante autorização judicial, nos casos e modos previstos em lei (artigos 266 e 271 do CPP). Inclui-se como objeto das interceptações as conversações telefônicas e outras formas de telecomunicações, bem como o fluxo de comunicações referentes a sistemas informáticos, telemáticos ou intercorrentes entre sistemas (artigos 266 e 266-*bis* do CPP).³¹

As interceptações são admitidas com muitos limites pela legislação italiana. O Código de Processo Penal elenca taxativamente os delitos em que podem ser utilizadas, dispondo que sua autorização pelo juiz deve dar-se motivadamente, sendo apenas admitida a interceptação quando existirem indícios fortes da ocorrência do delito e quando a medida for estritamente necessária para sua elucidação. Entretanto, em se tratando de investigações relativas à criminalidade organizada ou ameaça por telefone tais requisitos são atenuados por leis especiais que admitem as interceptações como forma de prevenção de delitos graves.³²

Podem ser interceptadas não apenas as linhas telefônicas dos acusados, mas de quaisquer pessoas, mesmo que estranhas aos fatos, desde que possam ser destinatárias de informações acerca dos delitos investigados.

Interceptações efetivadas fora do procedimento previsto em lei não podem ser valoradas, mesmo que demonstrem a culpabilidade do acusado. Eventuais descobertas

³⁰ AVOLIO, L. F. T. op. cit., p.123.

³¹ TONINI, Paolo. A prova no Processo Penal Italiano; trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.249.

³² Ibid., p. 250.

fortuitas sobre outros crimes podem ser utilizadas como *notitia criminis*, mas não como prova em outros procedimentos.

1.2 – Estados Unidos

A legislação que rege a matéria sobre o direito à privacidade nos Estados Unidos, o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, (1968) é voltada para conferir à polícia instrumentos eficazes na luta contra a criminalidade organizada. Há uma previsão geral de proibição das interceptações e, excepcionando este preceito, um sistema de autorizações prévias para a admissibilidade da medida.

Referida lei dispõe expressamente sobre os casos em que a medida pode ser realizada, elencando os delitos passíveis de serem investigados mediante interceptação (reserva-se para a criminalidade mais grave), bem como determina todo o procedimento a ser adotado, da necessidade de autorização motivada pela autoridade jurisdicional e de sua dispensa para os casos de urgência.

Gravações clandestinas (gravação feita por um dos interlocutores) e escutas telefônicas (interceptação feita por terceiro sem o consentimento de um dos interlocutores) não são englobadas pela proibição de interceptação. As interceptações são admitidas como prova apenas em processos criminais e seu mau pela polícia ou por particulares caracteriza invasão de privacidade, sendo passível de reparação.³³

Recentemente o Congresso norte americano aprovou uma lei, denominada Lei Patriótica dos Estados Unidos (*USA Patriot Act*), como forma de combate ao terrorismo, em decorrência dos atentados ocorridos em 11 de setembro no país. De acordo com esta lei, dentre outras previsões, uma há que permite que qualquer instituição policial possa monitorar a Internet e o correio eletrônico e interceptar telefones celulares sem garantias para os suspeitos. Ou seja, quaisquer tipos de comunicação podem ser monitoradas independentemente de ordem judicial. Este “decreto de emergência”, a despeito da clara afronta aos princípios de proteção da

³³ AVOLIO, L.F. T, op. cit, p. 116/117.

dignidade da pessoa humana e da indiscutível inconstitucionalidade, vigorará até 2005 e se estenderá além deste prazo para investigações iniciadas antes do citado ano.*

1.3 – Alemanha

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, com a redação dada pela Lei constitucional de 24.06.1968, prescreve a inviolabilidade do sigilo da correspondência em seu artigo 10, admitindo limitações apenas se dispostas em lei.³⁵

Até a introdução no Código de Processo Penal alemão os artigos 100a e 100b. doutrina e jurisprudência consideravam o sigilo das correspondência e das comunicações telefônicas como absolutos, tendo em vista a falta de regulamentação do dispositivo constitucional supracitado. Interceptações até esta data realizadas eram inconstitucionais e, portanto, inadmissíveis. Apenas excepcionalmente, em virtude da aplicação do princípio da proporcionalidade, admitia-se a interceptação.

Contudo, com a regulamentação dada pelos §§ 100a e 100b da legislação alemã, limitadas foram as hipóteses de aplicabilidade das interceptações, que devem agora subsumir-se ao procedimento expresso em lei. Como assevera COSTA ANDRADE em uma comparação entre as legislações portuguesa e alemã:

O teor particularmente drástico da ameaça representada pela escuta telefônica explica que a lei tenha procurado rodear a sua utilização das maiores cautelas. Daí que a sua admissibilidade esteja dependente do conjunto de exigentes pressupostos materiais e formais previstos nos artigos 187º. e seguintes da lei processual portuguesa ou nos §§ 100a), e 100b), da codificação alemã. Tanto o legislador português como o alemão procuraram, assim, inscrever o regime das escutas telefônicas sobre a exigente *ponderação de bens* entre: por um lado, os sacrifícios ou perigos que a escuta telefônica traz consigo; e, por outro lado os interesses mais relevantes da perseguição penal. Tratava-se, como Knauth pertinentemente

* “De acordo com o lei: a) sem informar os cidadãos, qualquer instituição federal pode entrar secretamente em qualquer casa ou empresa, colher evidências e, em seguida, usar a evidência (colhida ou ‘semeada’) para acusá-los de um crime; b) qualquer instituição policial tem o poder de monitorar a Internet e o correio eletrônico, interceptar telefones celulares sem garantias para milhões de suspeitos; c) qualquer instituição federal pode invadir uma empresa e copiar todos os seus arquivos sob a premissa de que tem ‘relação’ com uma investigação terrorista. Os cidadãos que venham a protestar publicamente por essas ações policiais arbitrárias e invasoras podem ser detidos.”. PETRAS, J. Uma nação de delatores. Revista Caros Amigos, trad. Gennari. Emilio. São Paulo, fev/2002. p. 28 e29.

³⁵ AVOLIO, L. F. T. op. cit. p.123.

assinala, de uma ‘ponderação vinculada’ (*gebundene Abwägung*), de que o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a desviar-se.³⁶

Em linhas gerais, o procedimento adotado pelo Código de Processo Penal Alemão dispõe: a necessidade de ordem judicial motivada (apenas excepcionalmente pode ser ordenada pelo Ministério Público, sendo que fica sujeita à posterior convalidação); a comunicação ao interessado deve ser feita tão logo possível, sem que cause prejuízo à investigação (observa-se que não impõe o código limites às pessoas que podem ter o sigilo de suas comunicações violado, tanto pode ser o acusado como terceiro que possa vir a ser destinatário de informações acerca do delito, testemunhas, parentes e até mesmo o defensor do acusado, muito embora, no último caso, a doutrina entenda haver restrição tendo em vista a impossibilidade de limitar-se o direito de defesa do acusado); interceptação apenas pode ser realizada para os crimes expressamente tipificados, o rol apresentado pela lei é taxativo, incluindo apenas delitos ligados à criminalidade grave; deve haver demonstração expressa da necessidade da medida e deve ela ser a mais adequada para a produção da prova desejada. No caso de haver outros meios menos gravosos à dignidade do acusado, devem ser estes adotados; a inobservância dos requisitos legais importa na destruição da gravação realizada e na impossibilidade de valoração da prova produzida.³⁷

1.4 – Portugal

Os preceitos da legislação portuguesa sobre interceptação telefônica em muito se assemelham aos da legislação alemã acima referida, conforme se observa através das indicações de COSTA ANDRADE.³⁸

Segundo o artigo 190 do Código de Processo Penal português o regime das escutas telefônicas é aplicável, com as devidas adequações, às demais formas de

³⁶ ANDRADE, M. C. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa: Aequitas, ano 1, vol. 3º., jul-set, 1991. p. 382.

³⁷ AVOLIO, L. F. T. op. cit. p. 123/124.

³⁸ ANDRADE, M.C. op. cit. p 373 et. seq.

transmissão técnica de conversações ou comunicações, contudo, limitando-se às formas de comunicações oral.

Os artigos 187 e seguintes do Código de Processo Penal Português apresentam uma série de requisitos a serem observados a fim de admitir-se uma interceptação telefônica: admite-se a interceptação apenas através de autorização motivada do juiz, não sendo possível a determinação da medida pelo Ministério Público; a interceptação pode recair sobre qualquer pessoa que possa ter conhecimento sobre os fatos, resguardando-se expressamente o direito de comunicação do acusado com seu defensor (artigo 187º, nº3); a subsunção das interceptações a um dos crimes do catálogo previsto pelo artigo 187º; a demonstração da estrita necessidade e da adequação da medida ao caso, que significam a suspeita real da prática do crime e impossibilidade de produção de prova de maneira diversa.³⁹

2 – O REGIME JURÍDICO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sigilo das correspondências e das comunicações sempre foi garantido pelas constituições brasileiras desde o Império. A única exceção deu-se na Carta de 1937 que, em seu artigo 122, inciso VI, determinava “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções expressas em lei”.

Antes da Constituição de 1988, de acordo com o artigo 153, § 9.º, da Emenda Constitucional 1, de 1969*, o sigilo das correspondências e das comunicações parecia ser, a princípio, tutelado de maneira absoluta, salvo na ocorrência do estado de sítio (artigo 156, §2º, e) e no estado de emergência (artigo 158, § 1º e artigo 155).⁴¹

A proteção da intimidade, por outro lado, não possuía previsão expressa no texto constitucional, mas era extraída do disposto no § 36 do artigo 153, o qual dispunha: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não

³⁹ Id.

* “§ 9.º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”.

⁴¹ GRINOVER, A. P. *Liberdades Públicas* p. 248.

exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Como o *caput* deste artigo assegurava a inviolabilidade dos direitos da pessoa humana, referidos como direito à vida, liberdade, segurança e propriedade e, em sendo o direito à intimidade um integrante dos direitos da personalidade, entendia-se que a tutela da intimidade era dada de um modo genérico pela Constituição Federal, afora as manifestações de inviolabilidade de domicílio e de correspondência. A intimidade é o mínimo de que a pessoa necessita para viver livre e desenvolver sua personalidade. esta intimamente correlacionada com a dignidade da pessoa humana. ⁴²Contudo, observava-se uma gama considerável de exceções legais aos princípios referidos no artigo anterior. Cite-se como exemplos os artigos 232, 234 e 240, § 1.º, do Código de Processo Penal, entre outros, que previam a exibição de escritos, papéis públicos ou particulares em juízo, a apreensão de cartas destinadas ou em poder do acusado quando houvesse suspeita que poderiam ser úteis à elucidação dos fatos, o poder do juiz de providenciar a juntada de documento relativo a ponto relevante da acusação ou defesa, independentemente de requerimento das partes, etc.⁴³

Em específico sobre as interceptações telefônicas, parte da doutrina considerava-as admissíveis quando efetuadas nos termos previstos pelo Código de Telecomunicações que em seu artigo 56, § 2º. dispunha que “somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicações” e em seu artigo 57 dispunha não constituir violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente mediante sua requisição ou intimação.

Explica GRINOVER que alguns consideravam que este dispositivo, bem como todos os demais dispositivos que importassem na violação do sigilo das correspondências e comunicações seriam inconstitucionais, tendo em vista o caráter absoluto da proibição do texto legal. Porém, a tendência contrária, considerava que princípios constitucionais jamais poderiam ser vistos como regras absolutas. Princípios e garantias constitucionais, segundo esta interpretação, deviam ser sopesados e

⁴² Ibid. p. 86.

⁴³ AVOLIO, L. F. T. op. cit. p. 137.

interpretados de maneira harmônica no sistema constitucional, logo, não se admitindo o caráter de absolutividade considerado. Sendo assim, as interceptações, quando admitidas, deviam observar, além da requisição da autoridade competente, os requisitos gerais das medidas cautelares, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, além, é claro, do princípio do contraditório. Como justificativa destas imposições se coloca a necessidade de evitar a aniquilação dos direitos fundamentais, admitindo-se apenas uma limitação, e em casos especiais.⁴⁴

A jurisprudência também não era unânime quanto a aceitação ou não das interceptações telefônicas como meio de obtenção de prova. A tendência preponderante era pela inadmissibilidade, contudo, alguns julgados adotavam no caso concreto uma ponderação de interesses para realizar a admissão eventual de interceptações telefônicas, numa clara aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como exemplo pode-se citar o voto proferido por Barbosa Moreira no julgamento do AI 7.111, da 5ª. Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 07 de novembro de 1983, no qual considera lícita a gravação feita das conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério pelo outro cônjuge visto que as circunstâncias do caso concreto justificavam a medida. Nas palavras do ilustre julgador, o sigilo das comunicações “é como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor-se de maneira absoluta a todos os interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade”.⁴⁵

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se destacar o julgamento do Recurso Extraordinário 1100.094-5, de 1984, no qual adota a posição de inadmitir no processo as gravações de conversas telefônicas obtidas por via de interceptação clandestina, justificando-se na violação do direito à personalidade, com base no artigo 153, § 9º da Carta Constitucional vigente. Ordenado foi o trancamento da prova e seu desentranhamento dos autos. O relator, Min. Rafael Mayer, destaca na ementa:

⁴⁴ GRINOVER, A.P. As liberdades...p. 251/252.

⁴⁵ AVOLIO, L. F. T. op. cit., p. 139.

“infringente é o processo de captação de prova mediante a interceptação de telefonema à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgado em audiência de processo judicial de que sequer é parte.”⁴⁶

Sobreveio então, a Constituição Federal de 1988, dispondo expressamente sobre a proibição das provas ilícitas em processo penal, proibição esta limitada pelo fato de poder a lei, em casos restritos, permitir as interceptações telefônicas, como forma de quebra do sigilo das comunicações, em termos semelhantes aos que já era adotado quanto à inviolabilidade de domicílio, posicionando-se no sentido de não admitir com absolutos quaisquer direitos fundamentais, desde que respeitado o chamado devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana.

3 –INTERCEPTAÇÕES NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o cenário jurídico sobre as interceptações altera-se. Se antes da Constituição a preocupação dos doutrinadores era a de que o legislador interviesse no sentido de dar um adequado tratamento ao regime das interceptações telefônicas delimitando as linhas mestras do procedimento a ser adotado, após a edição do texto constitucional outro problema se coloca, qual seja, a edição da lei reguladora exigida pelo inciso XII, do artigo 5º da Constituição.⁴⁷

Observa-se que o período que se seguiu da entrada em vigor da Constituição de 1988 até a edição da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, foi de grande controvérsia. Vários projetos tramitaram pelo Congresso nacional sem que se convertessem em lei e, ao mesmo tempo, muitos juízes autorizavam já as interceptações tendo como base o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, considerando-o como recepcionado pelo texto constitucional.

⁴⁶ Ibid. p. 144.

⁴⁷ GRINOVER, A, FERNANDES, A. S. GOMES FILHO, A. M. op. cit. p. 177.

A intensidade do problema da omissão legislativa fez-se sentir, sobretudo, quando autorizada foi uma interceptação telefônica contra um advogado que veio a representar junto à OAB e esta junto à Procuradoria-Geral de Justiça requerendo providências no sentido de considerar-se a interceptação como criminosa. O parecer da Procuradoria, elaborado por Damásio E. de Jesus, concluiu pela não ocorrência de delito algum, considerando que o procedimento preenchia todos os requisitos legais (autorização judicial por juiz competente de forma motivada e realização da escuta por órgãos oficiais, como disciplinava o Código Brasileiro das Telecomunicações).⁴⁸

Contudo, o entendimento predominante era de que as exigências do Código de Telecomunicações, muito embora não fossem contrárias à nova Constituição Federal de forma a impedir a sua recepção, eram extremamente lacônicas e não preenchiam os requisitos necessários de uma lei reguladora.

A norma constitucional exigia lei que estabelecesse expressamente as hipóteses e as formas de realização das interceptações. Logo, enquanto não fosse promulgada uma lei disciplinadora destas questões, não existia base legal para a autorização judicial. Operações porventura realizadas deviam ser consideradas ilícitas, nos termos do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. A norma constitucional não podia ser considerada auto-aplicável. Urgente se tornava a edição da citada lei para dar concreta efetividade às disposições da Constituição Federal de 1988. Bem explica GRINOVER: “Até esta [a edição da lei], a permissão constitucional ficou praticamente letra morta, só podendo ser aplicada se se adotasse o princípio da proporcionalidade.”⁴⁹ Como exemplo da aplicação deste princípio pelos nossos tribunais, cita o julgamento do MS 690.070.289 do TJRS, no qual prevalece o entendimento de que as interceptações, enquanto não editada a lei regulamentadora, não podiam ser autorizadas pelo juiz, consistindo sua produção em provas ilícitas. Contudo, neste julgamento vencido restou o voto do Des. Nério Letti, que admitia o

⁴⁸ GOMES, L. F., CERVINI, R. Interceptação Telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89 e GRINOVER, A.P., FERNANDES, A.S., GOMES FILHO, A.M. op. cit. p.176.

⁴⁹ Ibid. p.179.

resultado da interceptação autorizada pelo juiz por tratar-se de caso grave (tráfico de entorpecentes). Para este julgador, a lei regulamentadora que viesse a ser editada, certamente incluiria o referido delito no rol dos crimes passíveis de interceptação, tendo em vista que possivelmente baseada seria nos entendimentos prevalentes no ordenamento de outros países. O voto vencido invocava o princípio da seguridade social como justificador da autorização efetuada pelo juiz⁵⁰

No Supremo Tribunal Federal sempre prevaleceu o entendimento de que o Código Brasileiro de Telecomunicações não havia sido recepcionado pela Magna Carta de 1988. Exemplo muitas vezes citado dos debates ocorridos na Suprema Corte é o julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0-RS. Neste julgado foi relator do acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, para ele, o Código de Telecomunicações não fora recepcionado pela Constituição pois não descrevia as hipóteses e a forma da interceptação, tornando, assim, toda autorização judicial inválida e a prova colhida ilícita. Concluiu também o julgador neste acórdão pela nulidade das provas derivadas da prova ilicitamente obtida.

Aderiram a tese do relator os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e por último o Ministro Celso de Mello. Os Ministros Carlos Velloso e Paulo Brossard votaram no sentido da validade do processo, entendendo ser incontestável a existência de outras provas do crime. Em seguida votaram pelo indeferimento do *Habeas Corpus* os Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Galloti. Somando seis votos contra cinco, proclamou-se o indeferimento do *writ*. Contudo, impetrado mandado de segurança, descobriu-se o impedimento do Min. Carlos Velloso para o julgamento. Sendo assim, dado o empate de cinco votos a cinco, deferiu-se o *Habeas Corpus*.⁵¹

Segue o autor, citando DAMÁSIO DE JESUS, o qual critica este entendimento da Suprema Corte nos seguintes termos:

⁵⁰ Id.

⁵¹ GOMES, L.F., CERVINI, R. op. cit. p. 91.

Não deixa de ser curioso: na vigência da CF anterior, que, em seu art. 153, § 9^o, previa o princípio da inviolabilidade da comunicação telefônica sem abrir exceção, não era proibido ao Juiz autorizar a interceptação telefônica para fim de produção de prova judicial. E, hoje, quando a CF expressamente autoriza a interceptação mediante ordem judicial, entende-se proibido de fazê-lo.⁵²

Parece, a primeira vista, ser equivocado o entendimento do Supremo Tribunal nos termos do que foi dito pelo ilustre jurista. Contudo, justifica-se no sentido de que os direitos fundamentais postos pela lei podem ou não por ela ser limitados, submetidos à reserva de lei restritiva. Inexistindo lei restritiva que recaia sobre o direito não pode ele, entretanto, ser considerado como absoluto. Entende-se estar sujeito aos chamados limites imanentes, que seriam limites constitucionais não escritos, o que explicaria a possibilidade de autorizar-se a interceptação quando da inexistência de previsão expressa na Constituição. Como a atual Constituição elenca expressamente o limite a ser imposto ao direito da inviolabilidade das comunicações, deve esta limitação restringir-se ao disposto pelo texto legal, sendo assim, como o inciso XII, do artigo 5^o exigia para a realização da interceptação uma lei reguladora que indicasse seus limites, na ausência de edição desta lei, impossível se torna a realização da medida, consistindo uma hipótese de reserva legal qualificada.⁵³

Outros julgamentos do STF reiteraram inúmeras vezes o entendimento que exigia a edição da lei, como se observa do julgamento do *Habeas Corpus* 733151-SP, de 09 de maio de 1996, que teve como relator o Min. Ilmar Galvão, no qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou o entendimento de que “sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5^o inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal”.⁵⁴

Dadas as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de impedir as interceptações telefônicas pela inexistência de lei regulamentadora do referido inciso XII e, considerando-se as crescentes pressões sofridas pelo legislador

⁵²Id.

⁵³Id.

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 29 de agosto de 2002.

pela necessidade da utilização da medida no combate à criminalidade, editou-se então a Lei 9.296/96. Não mesmos problemas foram observados após esta data.

Uma questão que freqüentemente passou a ser analisada pelos tribunais é o caso das interceptações autorizadas antes de 25 de julho de 1996, dada em que entrou em vigor a lei reguladora, e efetivadas em data posterior, quando já se encontrava a lei em vigor.

Nestes casos, segundo explicam GOMES e CERVINI, argumentava-se que a autorização válida para o direito brasileiro é exclusivamente aquela que segue especificamente todos os termos impostos pela Lei 9.296/96. Sendo assim, não há que se cogitar da admissibilidade no processo de interceptações que não seguiram este procedimento. A autorização de interceptação realizada antes da edição da lei reguladora esbarra num vício insanável, qual seja, o da ilegalidade (mesmo que a medida seja efetivada sob a égide da nova lei, restando apenas a autorização em período anterior à 25.07.1996). Como dito, trata-se de uma “reserva de lei qualificada”, sendo assim, na inexistência de lei que discipline os termos da limitação a ser realizada no direito fundamental, impossível a decretação da medida. O vício da ilegalidade encontra-se na fase de determinação da medida pela autoridade. O fato de ser ela posteriormente realizada, mesmo que nos termos do novo diploma legal, não sana o vício existente, sendo a produção de prova considerada indiscutivelmente ilícita.⁵⁵

Por fim, no que tange ao direito intertemporal cabe salientar ainda que a lei 9.296/96 entrou em vigor na data de sua publicação (25.07.1996), aplicando-se imediatamente, inclusive aos processos em curso, cujos crimes são anteriores à sua edição. Contudo, em se tratando do disposto no artigo 10 da referida lei, que ao contrário das demais normas, não trata de questões meramente processuais, mas de uma inovação incriminadora, conclui-se, obviamente, pela sua irretroatividade. Ou seja, interceptações autorizadas e realizadas antes de sua vigência, a despeito de terem seus produtos gravados pelo vício da ilicitude, não podem ser consideradas práticas delituosas.

⁵⁵ GOMES, L. F., CERVINI, R. op. cit. p.81.

IV) CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/96

1 – O QUE SE ENTENDE POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA LEI

Com a previsão constitucional da inviolabilidade do sigilo das comunicações, dúvidas surgiram na doutrina e na jurisprudência, em um primeiro momento, acerca da abrangência das exceções propostas, em que se admitiria a interceptação para fins de investigação criminal ou instrução processual como dispunha a Constituição. Em um segundo momento, posterior à edição da lei que regulamentava o inciso XII do artigo 5º da Constituição, novos debates foram realizados agora em relação ao alcance da disciplina da lei sob comento, ou seja, em que situações se pode determinar a limitação ao sigilo das comunicações e em que situações continua tal direito como inviolável.

1.1 – Das interceptações, das escutas e das gravações clandestinas.

A palavra interceptação tem o sentido de “interromper no seu curso; deter, impedir na passagem”, “cortar, interromper” entre outros⁵⁶.

Juridicamente, as interceptações telefônicas *lato sensu*, podem ser entendidas como quaisquer atos de interferência nas comunicações (impedir ou tomar conhecimento). A Lei 9.296/96 traz as interceptações telefônicas em seu sentido estrito, qual seja, de captação de comunicação alheia feita por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, desde que tal interceptação seja feita por meio de “grampeamento”. Se a interceptação for realizada por terceiro, mas colocando-se gravador no ambiente, trata-se de uma interceptação ambiental.⁵⁷ Sendo assim, a lei disciplina apenas as interceptações em sentido estrito, não englobando as gravações clandestinas e ambientais.

Por gravações clandestinas entende-se a gravação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, seja a conversa feita ou não pelo telefone.

Escutas telefônicas são as gravações realizadas por terceiro de comunicação telefônica alheia, com o conhecimento de um dos interlocutores. Escutas ambientais

⁵⁶ FERREIRA, A.B. de H. Novo dicionário da língua portuguesa. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A. [199_?], p. 775

⁵⁷ GRINÓVER, A.P. , FERNANDES, A.S., GOMES FILHO, A.M. op. cit. p.172/173.

são as interceptações de conversa entre presentes, efetivadas por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores.⁵⁸

As gravações clandestinas não ao objeto da referida lei, por lhes faltar a figura do “terceiro”, não são interceptações propriamente ditas, mesmo quando feitas por telefone. A gravação feita por um dos interlocutores não configura em si um ato ilícito, mesmo que o outro interlocutor desconheça tal fato. Em relação a esta gravação pode-se dizer apenas que se sua divulgação afrontar o direito de intimidade de um dos participantes da conversa pode ser considerada como violação de segredo, conforme disciplinam os artigos 5º, inciso X da Constituição Federal e 153 do Código Penal, respectivamente. Tal conduta apenas não será incriminada se ocorrer uma hipótese de justa causa (prova utilizada na defesa do interlocutor).

As interceptações e as escutas ambientais tão pouco se enquadram na disciplina do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Muito embora sejam as gravações sub-receptícias de conversas, ou seja, interceptações em sentido amplo, não são englobadas pela Lei 9.296/96. Aqui também há de se entender que a prova produzida será ilícita quando violadora do direito de intimidade (CF, artigo 5º, inciso X).⁵⁹

As interceptações telefônicas em sentido estrito são o objeto por excelência da regulamentação efetivada pela lei 9.296/96 do inciso XII, artigo 5º do texto constitucional. Quaisquer gravações de conversações telefônicas efetivas por terceira pessoa apenas são admissíveis se respeitarem os requisitos e o procedimento adotado pela lei. Interceptações realizadas fora deste limites, tanto pela polícia, quanto por particulares configuram o crime do artigo 10.

Ressalva deve ser feita no que toca às escutas telefônicas. A doutrina em geral considera-as como açambarcadas pelos dispositivos da Lei de Interceptação Telefônica. Assim, tanto pode ser determinada a interceptação telefônica em investigações sobre um delito de tráfico de entorpecentes, em que todos os interlocutores desconhecem a adoção da medida (interceptação telefônica em sentido

⁵⁸ AVOLIO, L. F. T. op. cit. p. 100.

⁵⁹ Ibid. p. 104 et. seq.

estrito), como num delito de seqüestro, em que a família da vítima será sabedora da captação (escuta telefônica).

Opinião diversa apresenta GRECO FILHO, o qual defende que a interceptação realizada por terceiro com o consentimento de um dos interlocutores não se subsume ao disposto no inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal. Para ele a licitude da medida irá depender do confronto do direito à intimidade, eventualmente existente, com a justa causa para a interceptação (estado de necessidade ou defesa de direito), nos moldes do que se admite para a exibição de correspondência pelo destinatário (artigo 153 do Código Penal e 233 do Código de Processo Penal).⁶⁰ Contudo, não parece ser este o posicionamento mais correto e correntemente admitido, devendo-se considerar como englobadas pela lei 9.296/96 também as escutas telefônicas, as quais não perdem a natureza de interceptação simplesmente em função do conhecimento de um dos interlocutores da comunicação telefônica, visto que realizadas por terceira pessoa. Ademais, certamente o dispositivo constitucional em questão não quis deixar de fora situações tais, como a acima citada sobre seqüestro. O objeto da interceptação é uma comunicação telefônica. Em sendo ela feita por terceiro, deve seguir as cautelas dispostas pela lei 9.296/96 para ser admitida, não sendo o consentimento de um dos interlocutores justificativa para que a prova se produza observando diferente procedimento.

1.2 – Da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º. da Lei 9.296/96

O direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações foi dado pelo texto constitucional como regra, como exceção verifica-se a possibilidade de interceptação, somente para o campo penal.

Assim dispõe o inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal:

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

⁶⁰ GRECO FILHO, V. Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996. p. 6.

No que se refere à constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º da Lei 9.296/96, duas questões devem ser analisadas: primeiro a abrangência do permissivo constitucional em relação às interceptações, se abrangeria apenas as comunicações telefônicas ou também os dados e as comunicações telegráficas e num segundo momento a extensão do que se entende por comunicações telefônicas.

Quanto ao texto constitucional, a questão que se coloca é a que se refere a expressão “último caso”, constante do artigo 5º, inciso XII. Três interpretações são possíveis: uma primeira entendendo que a Constituição teria previsto duas situações de sigilo, uma em relação às correspondências, que seria absoluta, e outra em relação aos demais sistemas de comunicação, que seriam englobados pela exceção dada pela expressão “último caso” (comunicações telegráficas, de dados e telefônicas); uma segunda linha de interpretação que admitiria a interceptação tanto para as comunicações telefônicas como para os dados, excluindo-se, portanto, as correspondências e as comunicações telegráficas, admitindo haver dois grupos de proteção, um primeiro que incluiria as correspondências e comunicações telegráficas e um segundo que englobaria os dados as comunicações telefônicas⁶¹; e uma terceira linha de interpretação que admitiria as interceptações apenas para as comunicações telefônicas, excluindo do permissivo constitucional tanto as comunicações telegráficas, de dados e as correspondências.⁶²

Em relação a estes “dados” presentes no texto constitucional (art. 5º, inc. XII), nova divisão apresenta-se na doutrina, havendo quem defenda serem eles quaisquer tipos dados, em trânsito ou estáticos; apenas dados informáticos, regulados agora pelo texto constitucional em consequência da evolução apresentada na tecnologia⁶³; ou apenas referindo-se à comunicação de dados, ou seja, dados em trânsito, não englobando os dados estáticos, como aqueles presentes em cadastros, por exemplo.

⁶¹ FERRAZ JUNIOR, T. S. op. cit. p.145. e GRINOVER, A.P. . FERNANDES. A.S.. GOMES FILHO, A.M. op. cit. p. 177.

⁶² Neste sentido: GRINOVER. A. P, FERNANDES, A.S., GOMES FILHO, A.M. op. cit. p.176. GRECO FILHO, V. op. cit. p. 10, BASTOS, C. R. Comentários à Constituição do Brasil. V.2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 70 et. seq.

⁶³ BASTOS, C.R. op. cit. p. 70 et. seq. e FERREIRA FILHO, M.G. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, admitindo referir-se o inciso em questão apenas à comunicação de dados, ficando os dados estáticos protegidos pela norma do inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal, referente ao direito à intimidade. Tanto o é que se permite a quebra do sigilo bancário mediante procedimento disciplinado por lei. Destaca-se o voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do RE 219.780/PE:

Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanesçam; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da Comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanesçam, ficam no computador, nas correspondências etc.⁶⁴

Desta forma, refere-se o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal apenas ao sigilo das comunicações, não englobando os dados estáticos, inseridos no contexto do direito à intimidade. Razão assiste, assim, a GOMES e CERVINI e também a STOCO e SILVA FRANCO quando consideram que os dados referentes às comunicações telefônicas (hora da chamada, duração, ligações efetuadas ou recebidas, etc) não estão disciplinados pela lei em comento, sendo cabível a quebra deste sigilo apenas mediante autorização judicial e presente a justa causa da medida, sendo a lei 9.296/96 no máximo um parâmetro para que se permitia tal restrição de direito, mas não diretamente o modelo a ser seguido.⁶⁵

Dadas as várias posições possíveis acerca da interpretação do texto constitucional, cabe agora ressaltar as divergências existentes quanto a constitucionalidade ou não da previsão de lei que permite utilizar-se o procedimento

⁶⁴ SARAIVA FILHO, O. O. de P. O sigilo bancário e o fisco: uma análise constitucional. Interesse Público. Sapucaia do Sul, v. 3, nº 10, p. 86-98, abr/jun 2001. p.92

⁶⁵ GOMES, L. F. , CERVINI, R. op. cit. p.100 et. seq. e STOCO, R. FRANCO, A.S. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. V. 1 7ª ed. Rev. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.1793.

nela previsto para interceptações de comunicações por meio de informática e telemática (artigo 1º, parágrafo único, Lei 9.296/96).

Aqueles doutrinadores que consideram que o texto constitucional apenas permitiu a interceptação para as comunicações telefônicas em sentido estrito, qual seja, de comunicação de voz entre dois interlocutores, entendem ser referido dispositivo de lei inconstitucional, haja vista que tanto sistemas de informática quanto de telemática envolveriam a comunicação de dados que, segundo eles, teriam seu sigilo posto como inviolável pelo texto constitucional. Esta é a opinião de GRECO FILHO e GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, dentre outros.⁶⁶ Segundo estes autores, as normas limitadoras de direitos devem ter uma interpretação restritiva, desta forma, a melhor interpretação seria pela admissibilidade de interceptações apenas no caso de comunicações telefônicas *stricto sensu*, ou seja, para as comunicações feitas com o uso da voz, excluindo-se as comunicações por via de telefone, assim consideradas aquelas que se utilizam do mesmo sistema, porém não realizam a transmissão de voz entre os interlocutores.⁶⁷

Um segundo entendimento possível é o que admite a constitucionalidade do referido dispositivo. Neste sentido pode-se destacar o pensamento de RANGEL, para o qual, dada a evolução do conceito de telefonia e, tendo em vista a necessidade de interpretação progressiva da norma constitucional, seria inadmissível excluir-se da exceção posta pela Constituição a comunicação de dados, protegendo-se, assim, os chamados “criminosos da era da informática”.⁶⁸

GOMES e CERVINI também defendem a total constitucionalidade do dispositivo da lei. Para ele uma interpretação restritiva de sua incidência se constituiria em atraso tecnológico-cultural. Não poderia a lei, segundo os autores, ter deixado de tutelar as comunicações feitas por via de telefone, incluindo aí os dados armazenados e suas transferências (informática e telemática). Segue dizendo que a lei, em seu artigo

⁶⁶ GRINOVER, A. P., FERNANDES, A.S., GOMES FILHO, A.M. op. cit. p.176, GRECO FILHO, V. op. cit. p. 10.

⁶⁷ GRECO FILHO, V. op. cit., p. 13 e GRINOVER, A.P., FERNANDES, A.S., GOMES FILHO, A.M. As nulidades...p.181.

⁶⁸ RANGEL, P. Breves considerações sobre a lei 9.296/96: Interceptação telefônica. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, ano 93, v. 340, out/dez 1997. p.176.

1º, *caput*, refere-se à “comunicações telefônicas de qualquer natureza”, não fazendo qualquer restrição, visando, na verdade, uma maior proteção do direito fundamental ali tutelado, qual seja, a intimidade, e não propriamente a sua limitação, visto que ao mesmo tempo que permite a interceptação, incrimina qualquer conduta que incida sobre a intimidade das pessoas sem que se apresente autorização judicial nos termos dispostos pela lei, ocasionando, assim, maior proteção à intimidade. Em relação às formas de comunicação telemática que não se utilizam do telefone, argumenta novamente no sentido proteção dos cidadãos contra a criminalidade “da era digital” que estaria protegida caso se entende-se pela incidência da lei apenas em relação às comunicações feitas por telefone. Ademais, entende que “os dados” ali referidos, jamais poderiam ter seu sigilo considerado como absoluto, visto que nenhum direito fundamental pode assim ser considerado. Assim justificam os autores a possibilidade do legislador infraconstitucional ter realizado uma limitação quanto ao sigilo de dados:

Penso que o texto legal é legítimo, integralmente legítimo, e vale pelo que nele está escrito. Como vimos no número anterior (26), a Lei 9.296/96 tem incidência em qualquer forma de comunicação telefônica, assim como nas comunicações telemáticas (independentes do uso da telefonia). A CF só exigiu (explicitamente) lei regulamentadora no que concerne às comunicações telefônicas, é verdade, mas isso não exprimia impedimento para que o legislador disciplinasse outras formas de comunicação. Cuidando-se de direito fundamental (sigilo das comunicações, intimidade), aliás, somente o legislador é que podia (e pode) restringi-lo.⁶⁹

STRECK, por sua vez, admite a constitucionalidade do dispositivo legal argumentando no sentido de que a lei, ao admitir a interceptação de comunicações telefônicas, queria referir-se à todas as variantes de informações que se utilizem da modalidade comunicações telefônicas, mesmo que realizadas por meio de informática. Sendo assim, em relação à telemática, apenas estariam abrangidas as transferências de informação que se utilizassem do telefone, tal qual o *modem*, não estando englobados, entretanto, os chamados bancos de dados, visto não haver trânsito de informações. Os dados, segundo entende o autor, conforme referidos pelo texto constitucional, são

⁶⁹ GOMES, L. F., CERVINI, R. op. cit..p. 167-171.

invioláveis, contudo, se forem objeto de comunicação entre dois sujeitos por qualquer via de comunicação telefônica, serão passíveis de interceptação.⁷⁰

O parágrafo único do artigo 1º da lei 9.296/96 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, junto ao STF (ADIN 1488-9). Conhecida a ação, negado foi o pedido de liminar por ausência de *periculum in mora* que justificasse a suspensão da vigência dos artigos 1º, parágrafo único e artigo 10 da Lei 9.296/96. A ação teve seu seguimento negado por ilegitimidade ativa de parte.

Da análise do acórdão que indefere o pedido de liminar verifica-se, através do voto do Ministro Néri da Silveira (relator), a extrema divergência doutrinária quanto à interpretação do inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal, do qual decorre a arguição de inconstitucionalidade dos artigos 1º, parágrafo único e artigo 10 da Lei 9.296/96.⁷¹

Parece ser, a primeira vista, que a Constituição Federal apenas abriu exceção ao sigilo das comunicações telefônicas, contudo, convém observar que as comunicações de dados, entendidas entre estas as realizadas pela informática e telemática, em geral não prescindem da utilização do telefone para se efetivarem. Desta forma, incluídas estariam no conceito de comunicações telefônicas vistas num sentido amplo, não limitado apenas à transmissão de informações por intermédio da voz dos interlocutores. Assim é que se poderia considerar a aplicação do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96, no caso de se entender que a quebra de sigilo permitida pela Constituição Federal apenas abrange as comunicações telefônicas e não os dados, ou seja, considerando que as comunicações telefônicas a que se refere a Constituição Federal seriam todas as espécies de comunicações que se utilizem do telefone para efetivar-se, mesmo que não seja para a transmissão de voz dos interlocutores.

⁷⁰ STRECK, L. L. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais : constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 42-44.

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Inteiro teor de acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.gov.Br>> Acesso em 10 de agosto de 2002.

Contudo, caso a opção venha a ser feita no sentido mais restrito, qual seja, de englobar apenas as comunicações de voz, por via do telefone, seria o dispositivo da lei flagrantemente inconstitucional. Neste caso, a única possibilidade de se realizar qualquer tipo de interceptação no fluxo de comunicações por via de informática e telemática seria através da aplicação excepcional de critérios de proporcionalidade, entendendo que nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, devendo ser limitado, no caso de necessidade, frente à defesa de outro direito de igual peso também disciplinado pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido pode-se ressaltar que alguns tribunais nacionais tem até mesmo admitido, em casos excepcionais, a limitação do próprio sigilo das correspondências, dado como absoluto pelo texto constitucional. Seria esta a alternativa para casos extremos, em que necessário fosse a interceptação de comunicações por meio da informática ou telemática, tendo em vista a consideração da inconstitucionalidade da previsão existente. Nas palavras de SCARANCE FERNANDES, acerca da limitação de direitos fundamentais:

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca no Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º., XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal.

(...)

Na outra situação – violação de correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e para evitar a prática de seqüestro de juiz de direito, com perigo para a vida do magistrado – a proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito; aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo.⁷²

Deste modo, em se considerando como inconstitucional a previsão da Lei 9.296/96 no que toca à interceptação das comunicações por meio de informática e

⁷² FERNANDES, S. op. cit. p. 82

telemática, tal medida apenas poderia ser admitida como exceção, dada a não consideração de absolutividade de qualquer direito posto pela Constituição Federal.

Contudo, se for considerado que a Constituição Federal abriu a hipótese de limitação tanto para as comunicações telefônicas, como quanto para os dados e, em último caso, também para as comunicações telegráficas, não há que se perquirir da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Não parece ser, entretanto, este o melhor posicionamento, devendo-se partir sempre de uma interpretação mais restritiva quando se falar da limitação de direitos fundamentais. GRECO FILHO, ao defender a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei, argumenta:

...em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Não se trata, aqui, de se aventar a possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mas trata-se de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo.⁷³

Assim parece ser o melhor posicionamento, apesar de estar se verificando um tendência a que se admita a interceptação de qualquer tipo de comunicação, seja baseada apenas numa interpretação mais abrangente do permissivo constitucional, ou mesmo uma interpretação progressiva dadas as novas tecnologias, considerando como constitucional a previsão do parágrafo único, artigo 1º da lei, seja adotando-se como justificativa o princípio da proporcionalidade para efetivar-se a limitação dos direitos na análise de cada caso concreto (isso no caso de ter-se como inconstitucional o texto da lei) dada a necessidade da adoção destas medidas, como dito, no combate à criminalidade organizada.

2 – CONDIÇÕES E LIMITES PARA AS INTERCEPTAÇÕES

A Constituição Federal admite a interceptação telefônica simplesmente para fins de investigação criminal e instrução processual penal, excluindo de todo a possibilidade de ser ela utilizada no âmbito civil. Esta radicalidade da Constituição é

⁷³ GRECO FILHO, V. op. cit. p. 12.

criticada, com muito acerto, por BARBOSA MOREIRA, que argumenta não serem os valores tutelados no âmbito civil menos relevantes que os de cunho penal. Muitas vezes as decisões do processo civil (que podem estar relacionadas ao direito administrativo, tributário, internacional, constitucional, etc.) podem tocar amplas coletividades, quando não toda a sociedade, o que justificaria ter a Constituição Federal adotado posição diversa.⁷⁴

Em relação à Lei, estabelece o artigo 2º os casos em que não se admitirá as interceptações. Esta forma negativa de descrição das hipóteses de cabimento é criticada pela doutrina, que entende teria sido melhor se a lei tivesse enumerado taxativamente os delitos em que seria ela admissível, tal qual se observa nos ordenamentos jurídicos de outros países, já referidos.⁷⁵

Dispõe o inciso III do referido artigo, não se admitir a interceptação para crimes punidos, no máximo, com pena de detenção. Entende-se, assim, ter a lei admitido a interceptação para todos os delitos punidos, em abstrato, com pena de reclusão. Tal critério é amplamente criticável.

A interceptação é medida de exceção, contudo, pela leitura do texto de lei, parece ser ela a regra, dada a amplitude de casos em que se aplica. Observa-se que a interceptação de comunicações telefônicas foi considerada como meio lícito de obtenção de prova para uma gama considerável de delitos (punidos com reclusão), que, pela sua pequena gravidade, não deveriam ali incluir-se (cite-se como exemplo o furto simples, disposto no artigo 155 do Código Penal, que adite a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95). De outro lado, deixa de elencar delitos não puníveis com reclusão, mas que por sua natureza apenas poderiam ser investigados por intermédio da interceptação, tal qual os crimes contra a honra cometidos pela via telefônica.⁷⁶

Sendo assim, deve o juiz no caso concreto, ao admitir a adoção da medida, verificar, por critérios de proporcionalidade, ser ela ou não justificável, mesmo que o

⁷⁴ MOREIRA, J. C. B. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 84, out/dez 1996. p.151.

⁷⁵ GRINOVER, A.P., FERNANDES, A.S. e GOMES FILHO, A.M. op. cit. p. 182, GRECO FILHO. V. op. cit. p. 13.

⁷⁶ Id.. Ibid. p.15.

crime seja punido com reclusão. Apenas em se tratando de crime essencialmente grave é que deve ser a medida adotada, sopesando-se os bens jurídicos envolvidos.*

O artigo 2º, inciso I dispõe a exigência de existirem indícios razoáveis de autoria ou participação para que se determine a medida. Tal dispositivo traz como requisito o *fumus boni iuris*, comum à todas as medidas cautelares. No âmbito penal incluiria este requisito a probabilidade da autoria e da ocorrência de infração penal. Assim, haveria, a princípio, a necessidade de uma investigação criminal ou processo já iniciados (artigo 3º, inciso I). Meras suspeitas e fatos indeterminados, bem como a não vinculação da interceptação a determinada pessoa ensejariam a negativa na autorização da medida.⁷⁷

Diverge a doutrina sobre a possibilidade de determinar-se uma interceptação como medida preparatória de um inquérito policial, ou seja, antes de sua instauração. Para SCARANCA FERNANDES⁷⁸ e AVOLIO⁷⁹ impossível seria a determinação da interceptação antes de instaurado o inquérito policial. GOMES, por sua vez, ao que parece, com mais acerto, entende que “não é preciso o inquérito policial, basta a existência de notícias fundadas sobre um delito. Às vezes nenhum ato de investigação foi praticado e, mesmo assim, já conta a autoridade policial com indícios razoáveis (...) Neste caso, a interceptação pode ser o primeiro ato de investigação (formal).” *

Outro requisito exigido pela lei encontra-se no artigo 2º, inciso II, o qual dispõe a necessidade da prova não poder ser feita por outros meios disponíveis. Este requisito é reforçado no artigo 4º, que faz a exigência da demonstração, no pedido de interceptação, da necessidade da medida para a apuração da infração penal. Estes requisitos constituem o *periculum in mora*, segundo requisito de uma medida de natureza cautelar.

* Neste sentido ver GRINOVER, A.P. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, ano 94, v. 344, out/dez de 1998. p. 8.; GRECO FILHO, V. op. cit., p.15.

⁷⁷ GRECO FILHO, V. op. cit., p. 18.

⁷⁸ FERNANDES, A.S., Processo Penal Constitucional. 2ª. ed. ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.92.

⁷⁹ AVOLIO, L. F. T. op. cit., p. 193.

* Neste mesmo sentido ver GRECO FILHO. v. op. cit. p.27.

COSTA ANDRADE, falando sobre os requisitos às interceptações telefônicas no direito alemão e português, muito bem explica o que seria esta “estrita necessidade”, aplicável, no todo, ao ordenamento nacional:

As escutas telefônicas estão subordinadas a um princípio de *subsidiariedade*. Na formulação já citada da lei alemã, só resta admissível o recurso à escuta telefônica nos casos em que ‘a descoberta dos factos ou do lugar onde o argüido se encontra seria, de outra forma, *impossível ou essencialmente dificultada*’ [§ 100 a] (...) Por um lado, não será legítimo ordenar as excutas telefônicas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançados por meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais. (...) Por outro lado, e complementarmente, não basta a constatação de que a prova requerida não pode, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançada por meio menos drástico de devassa. É, para além disso, necessário que a escuta telefônica se revele um meio em concreto *adequado* a mediatizar aquele resultado.⁸⁰

Ressalte-se que o juízo feito quando da admissibilidade da interceptação como meio de obtenção de prova refere-se aos meios considerados à época do juízo de admissão e não em fase posterior do processo. Assim, se no curso da ação verificar-se que a prova poderia ter sido produzida de forma diversa, não poderá seu produto, contudo, ser considerado ilícito, haja vista ser válido o juízo de cognição sumária realizada pelo magistrado quando da determinação da medida.⁸¹

No parágrafo único do artigo 2º da lei, encontram-se requisitos quanto ao requerimento e quanto à decisão que admite ou não a interceptação. Deve haver uma delimitação precisa, inequívoca da situação a ser investigada pela interceptação. Não se pode admitir autorizações genéricas, que poderiam constituir uma verdadeira devassa na intimidade dos cidadãos, devem elas ser objetivas e claras, insuscetíveis de dúvida acerca do fato investigado.⁸²

Em relação ao sujeito passivo da interceptação, tem-se que no momento do deferimento do pedido pelo juiz, deve ele determinar, individualizar com clareza qual seja ele. Justifica-se este requisito pelo fato de que em matéria de direitos fundamentais devem as restrições ser as menores possíveis. Deste modo, além de individualizar os suspeitos, deve haver também a individualização da linha telefônica

⁸⁰ ANDRADE, M. da C. op. cit. p. 387.

⁸¹ GRINOVER, A.P. O regime brasileiro... p. 10.

⁸² GOMES, L. F., CERVINI, R. op. cit. p. 188/189.

objeto da interceptação. Porém, como bem observa GRECO FILHO, o sujeito passivo da interceptação não precisa ser, necessariamente, o titular da linha telefônica, mas qualquer pessoa que dela venha a utilizar-se, daí a possibilidade de interceptação de uma linha pública ou de entidade pública.⁸³

A respeito das comunicações realizadas entre o acusado e seu defensor, entende a doutrina serem elas invioláveis. Apesar da lei brasileira ser omissa neste ponto, o sigilo aqui deve ser visto como garantia do próprio exercício do direito de defesa, logo, absoluto.

Deste entendimento compartilha a doutrina estrangeira. O código de Processo Penal português diz expressamente ser proibida a “interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o argüido e seu defensor, salvo se o Juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime” (artigo 187.3), caso em que será considerado o defensor como delinqüente qualquer, não sendo resguardado pelo direito ao sigilo profissional.⁸⁴

Observa-se que a legislação brasileira prevê como crime a violação de sigilo profissional (artigo 325 do Código Penal) e impossibilita a participação das pessoas que devem segredo em razão de ofício como testemunhas no processo penal (artigo 207 do Código de Processo Penal). Sendo assim, seria inaceitável que a própria legislação de um lado incriminasse a conduta de violação do segredo profissional como garantia do direito de defesa e de outro permitisse a sua limitação. Em relação aos parentes do acusado, contudo, que segundo o código podem recusar-se a depor como testemunhas não cabe limitação no que tange as interceptações telefônicas. Como bem explica RUDOLPHI, citado por COSTA ANDRADE: “...ao contrário do que sucede com os portadores de *segredo profissional*, ‘o direito ao silêncio destas pessoas não está ao serviço da salvaguarda de prevaletentes interesses da comunidade. Apenas presta homenagem ao interesse pessoal de não prestar depoimento contra um familiar.’”⁸⁵

⁸³ GRECO FILHO, V. op. cit., p. 19.

⁸⁴ ANDRADE, M. C. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra Editora, 1992. p.295.

⁸⁵ RUDOLPHI. Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100a), b), Stop.p. 445 et seq.

Como medida cautelar, pode a interceptação ser preparatória (artigo 3º, inciso I) ou incidental (artigo 3º, inciso II) e sempre é realizada *inaudita altera parte*, em segredo de justiça, com publicidade interna restrita e com contraditório diferido.

3 – O PROCEDIMENTO ADOTADO

O juízo competente para autorizar a interceptação (medida cautelar), é o juízo a que caberá o julgamento da causa principal.* Seguindo o entendimento da maioria das legislações estrangeiras, entendeu-se dar apenas ao Juiz a possibilidade de determinar uma interceptação, não podendo o Ministério Público ou a autoridade judiciária agir por sua própria conta.

O artigo 3º da Lei diz que a interceptação poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial na investigação criminal, ou do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual. Este artigo, como assevera GRINOVER, merece críticas por deixar de mencionar a vítima e o próprio indiciado como possíveis requerentes. Entende-se, apesar da omissão legislativa, serem estes também legitimados a realizar o requerimento, em face das garantias constitucionais de direito à prova. Ademais, considerando que nas ações penais privadas somente o ofendido pode requerer a produção de provas, seria impossível considerar que apenas ao *parquet* cabe a formulação do pedido.⁸⁶ AVOLIO, contudo, entende que a medida pode apenas ser sugerida pelo assistente de acusação ao Ministério Público, à autoridade policial ou ao juiz, e nunca requerida. Em relação ao acusado, defende ser ele legitimado para fazer o requerimento quando necessária a prova para a comprovação de sua inocência, sendo este direito inerente ao princípio da isonomia entre as partes no processo.

Os parágrafos 1º. e 2º. do artigo 4º. referem-se à possibilidade do pedido ser formulado ao juiz oralmente, o qual deverá decidir em 24 horas sobre o cabimento da

* A vinculação do juiz que determina a medida cautelar com o que julgará a causa principal é absoluta. Contudo, nas comarcas em que existem juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia, entende-se que não ocorre a prevenção do juízo, prevalecendo a autonomia da lei de organização judiciária estadual. É o que ocorre, por exemplo, em Curitiba, com a Central de Inquéritos e em São Paulo, com o DIPO – Departamento de Inquéritos Policiais.

⁸⁶ GRINOVER, A.P. O regime brasileiro...p. 9.

medida. Este tipo de pedido, que deve ser reduzido a termo, caberia apenas em casos excepcionais, em que a urgência da medida justificaria a sua adoção. Neste ponto as cautelas do juiz quanto à admissão, observância dos requisitos legais deve ser maior. O melhor seria que o pedido fosse posteriormente ratificado, por escrito, e sujeito à convalidação pelo juiz, cabendo a inutilização das provas obtidas no caso de ser esta convalidação.⁸⁷

Presentes todos os requisitos cabe ao juiz determinar a medida. No que se refere à atuação de ofício por parte do magistrado, há quem defenda a inconstitucionalidade do dispositivo de lei que faz esta previsão. Tal posição é defendida por GOMES, para o qual a iniciativa por parte do juiz vulnera o princípio acusatório do processo, instituído pela Constituição Federal e também retira do magistrado a necessária imparcialidade para o julgamento da causa. Para ele, a disposição do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz determinar de ofício a produção de provas antes de proferir a sentença, seria meramente supletiva, nunca podendo ser desencadeante da busca da descoberta da autoria ou materialidade de qualquer crime.⁸⁸

Em sentido oposto, pode-se citar o entendimento de RANGEL, para o qual o juiz, tendo em vista o princípio do livre convencimento e da busca da verdade real, pode sempre determinar a medida cautelar quando for esta incidental (no curso do processo). Não poderia apenas determiná-la, ficando restrito ao requerimento de qualquer um dos legitimados no curso do inquérito policial, tendo em vista que o juiz, dada adoção do princípio acusatório, foi afastado da persecução penal.⁸⁹ Posição semelhante é defendida por AVOLIO, para o qual pode o juiz determinar a produção da prova tanto no inquérito policial, como no processo judicial. A única vedação seria imposta na determinação de ofício antes de iniciada a investigação, tendo em vista o princípio da inércia da jurisdição, sendo esta a posição mais aceitável.⁹⁰

⁸⁷ Id.

⁸⁸ GOMES, L. F., Interceptação telefônica de ofício: inconstitucionalidade. In: Revista jurídica. Porto Alegre: Síntese, ano. XLV, nº 242, dez /1997. p. 31-37. Em sentido convergente ver STRECK, L.L. op. cit., p.65/66.

⁸⁹ RANGEL, P. op. cit., p.183.

⁹⁰ AVOLIO, L.F.T. op. cit. p. 201/202.

O artigo 4º. da lei impõe que o pedido de interceptação contenha, afora a demonstração da necessidade da medida, a demonstração dos meios que serão utilizados na sua execução. A demonstração de necessidade já foi comentada ao falar-se do *periculum in mora* como requisito das medidas cautelares. A demonstração dos meios utilizados engloba os motivos da escolha e como funcionam, além da tecnologia que será utilizada.

Considerando que o juiz deverá fundamentar a sua decisão com base no pedido formulado, afora estes requisitos mínimos, deve o pedido conter todos os detalhes necessários para a realização da interceptação: índicos de autoria, materialidade, descrição da situação que será objeto da interceptação, delimitação dos sujeitos da melhor maneira possível, a linha a ser interceptada, etc.

A necessidade de fundamentação da decisão é dada pelo artigo 5º. da lei. Contudo, há que se observar que tal previsão seria, até certo ponto, desnecessária, visto ser este um requisito imposto pela Constituição Federal a todas as decisões judiciais (artigo 93, inciso IX). O que quis garantir o legislador, pode-se argumentar, é que, pela gravidade da medida e da excepcionalidade em que deve ser admitida, a fundamentação da decisão deve conter maior pormenorização, refletindo as maiores cutelas que deverá ter o magistrado quando da formulação um juízo positivo acerca de sua admissão. A ausência de fundamentação acarreta nulidade da decisão.

Neste mesmo artigo 5º determina a lei o prazo máximo de quinze dias para a duração da interceptação. Este prazo é renovável por mais quinze dias, desde que se comprove a indispensabilidade do meio de prova. A lei não dispõe quantas vezes pode ser determinada esta interceptação, sendo assim, entende-se que não há um número limite de renovações possíveis. Contudo, deve-se observar no caso concreto, através da adoção de critérios de proporcionalidade acerca da limitação de direitos fundamentais, a indispensabilidade da medida a ser renovada.⁹¹

O artigo 6º prevê a condução da diligência apenas pela autoridade policial, dada a devida ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. Sendo assim, não pode o Ministério Público, segundo a lei, conduzir as operações,

⁹¹ GOMES, L. F. CERVINI, R. op. cit. p. 219.

apesar de poder requere-las. Assevera-se que o órgão ministerial, segundo o sistema processual vigente, não precisa vincular-se ao inquérito policial, podendo realizar investigações por sua própria conta, fato que demonstra uma certa incoerência no texto da lei, ao determinar a exclusividade da polícia como condutora da diligência. Segundo AVOLIO, o Ministério Público deveria poder conduzir intelectual e materialmente a interceptação “dado o risco de ‘vazamentos’ das informações colhidas no curso do inquérito ou do processo”.⁹²

A autoridade policial pode, segundo o artigo 7º da lei, requisitar o auxílio de serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público para a realização dos procedimentos da interceptação. A doutrina critica esta posição do legislador. A participação das entidades técnicas competentes deveria ser obrigatória, cabendo ao Ministério Público e às autoridades judiciárias simplesmente acompanhar, fiscalizar as diligências, e não realiza-las por sua própria conta, até mesmo porque a polícia judiciária, na maioria das vezes, não dispõe dos meios técnicos adequados para a realização da interceptação.*

Segundo o parágrafo primeiro do artigo 6º da lei, as interceptações podem ser acompanhadas de gravação. Entende-se que tal cautela deve, sempre que possível, ser adotada, a fim de possibilitar posterior aferição da idoneidade técnica da prova e da autenticidade da voz. A gravação deve sempre ser seguida de transcrição.⁹³

No caso de a interceptação ocorrer sem que se realize a gravação, a prova pode ser feita por outros meios, tal qual o testemunhal. Todavia, a gravação deve sempre ser realizada quando possível, admitindo-se sua dispensa apenas no caso de impossibilidade.

AVOLIO critica a posição adotada por GOMES, para o qual seria possível a determinação apenas do monitoramento das chamadas telefônicas, sem a captação da

⁹² AVOLIO, op. cit. p. 208.

* O Código de Telecomunicações . considerado inadequado para realizar a regulamentação do inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal. trazia expressamente a previsão de que a operação técnica deveria ser realizada pelos serviços das estações e postos oficiais. GRINOVER, A.P. O regime brasileiro...p. 10.

⁹³ GRINOVER, A.P. O regime brasileiro...p. 10.

comunicação em fita magnética, alegando que tratar-se-ia da hipótese interceptação de dados, os quais, segundo seu posicionamento, são insuscetíveis de interceptação.⁹⁴

Segundo o artigo 6º, parágrafo 2º, deve a autoridade policial, quando terminado procedimento, encaminhar ao juiz um auto circunstaciado contendo todos os detalhes da diligência. O parágrafo 3º deste mesmo artigo determina que o juiz, assim que receba estes elementos, dada a ciência ao Ministério Público, proceda ao apensamento aos autos principais dos autos referentes à interceptação, que são autuados em apartado (artigo 8º da lei).

Verifica-se que a lei, nada menciona sobre a garantia do contraditório, apenas determinando, no parágrafo único do artigo 8º, os momentos em que deverá realizar-se o apensamento dos autos. Observa-se que a partir do apensamento aos autos principais do resultado da interceptação deve-se permitir à parte o direito de defesa (entendido como contestar a licitude da prova, idoneidade da técnica utilizada, identificação da voz, etc., de acordo com o artigo 383, parágrafo único do Código de Processo Penal).

O contraditório diferido se dá em razão da natureza cautelar da medida, deve ele instaurar-se tão logo o conhecimento da diligência não importe prejuízo às investigações. Sendo assim, o melhor seria interpretar-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º da lei no sentido de oportunizar-se à parte o direito de se manifestar sobre a interceptação antes de apresentar suas alegações finais, ou de o fazer mesmo depois de apresenta-las, contudo, antes da decisão do juiz, logicamente, ou seja, logo seja efetuado o apensamento dos autos.⁹⁵

Segundo SCARANCA FERNANDES, em relação ao artigo 538 do Código de Processo Penal, o problema se atenua, haja vista que o despacho que determinará o apensamento ocorre antes das alegações orais das partes⁹⁶. Contudo, maior razão parece estar com GRINOVER, segundo a qual a remissão ao artigo 538 do Código de Processo Penal é errônea, visto que inaplicável a interceptação telefônica às contravenções penais.

⁹⁴ AVOLIO, L. F. T. op. cit. p. 208/209.

⁹⁵ AVOLIO, L. F. T. op. cit p. 211.

⁹⁶ FERNANDES, A.S. , Provas ilícitas...p. 95.

Assevera também a autora que quanto ao Inquérito policial, o contraditório deveria ser deferido durante todo o procedimento, em todas as produções de prova, como garante a Constituição Federal para todos os processos administrativos (e também judiciais).⁹⁷ O entendimento sobre o fato de oportunizar-se à parte o direito ao contraditório já no Inquérito Policial é o mais acertado tendo em vista a garantia de ampla defesa dada à todos os cidadãos. Sendo assim, nos inquéritos policiais a participação do acusado não deveria ser postergada e sim deferida desde logo não se tornasse prejudicial à condução das diligências.

O artigo 9º prevê o incidente de inutilização dos trechos de conversas gravadas que não interessam ao processo. O melhor seria que esta destruição ocorresse antes do apensamento do resultado da interceptação aos autos principais e na presença do acusado e do Ministério Público, como forma de garantir a privacidade de terceiros envolvidos, o direito de defesa do acusado e a não destruição de provas relevantes à formação da convicção do juiz.

O sigilo exigido pelo artigo 8º, *caput*, deve ser entendido como forma de proteção da intimidade dos acusados e de terceiros que sejam interlocutores das ligações interceptadas, contudo, após a destruição das gravações não relevantes ao processo como prova, não há que se falar em impossibilidade de acesso ao Ministério Público e ao acusado (apenas a terceiros na relação processual), das provas colhidas, como garantia de efetivação do devido processo legal.⁹⁸

Por fim, o artigo 10 da lei tipifica como crime a realização de interceptações telefônicas, de informática ou telemática sem autorização judicial ou fora dos moldes dispostos em lei (o sujeito ativo aqui pode ser qualquer pessoa) e a quebra de segredo de justiça (conduta típica das pessoas que possuem obrigação de segredo em razão de sua função, como os servidores e os agente públicos). Estas interceptações ilícitas devem ser consideradas ineficazes e não passíveis de valoração pelo magistrado, sob pena de nulidade das decisões que nelas se basearem. O desapensamento, ou seja, a retirada da prova ilícita do processo, deve ser tomado como cautela essencial por parte do juiz, apesar de nada dispor a lei a respeito.

⁹⁷ GRINOVER, A.P. O regime brasileiro...p. 11.

⁹⁸ FERNANDES, A.S. op. cit. p. 96.

V) IMPLICAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Quando da admissão das interceptações telefônicas como meio de obtenção de prova inúmeras questões podem surgir, questões estas que, a despeito de sua relevância, não foram tratadas pelo legislador, restando à doutrina e à jurisprudência indicarem o caminho a ser seguido.

1 – PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

O problema encontra-se no fato de através de uma interceptação telefônica ilícita (porque realizada antes da edição da Lei 9.296/96 ou fora dos moldes por ela propostos) tornar-se possível a obtenção de provas outras, agora lícitamente, que comprovem a ocorrência do fato delituoso imputado ao acusado.

Inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais são encontradas. Antes de se analisar a posição adotada pelo direito brasileiro, cabe fazer-se uma análise dos caminhos possíveis de ser adotados no que toca à inadmissibilidade das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação: de um lado a doutrina dos *fruits of the poisonous tree* americana e de outro a ponderação de valores, observada pelos tribunais alemães.

Segundo a teoria americana dos “frutos da árvore venenosa”, todas as provas que forem descobertas a partir de uma prova ilicitamente obtida, são também consideradas ilícitas, mesmo que o seu modo de obtenção seja perfeitamente condizente com o direito, ou seja, são elas contaminadas pelo vício inicial e, por conseqüência, não podem ser utilizadas para a fundamentação de qualquer decisão judicial, mesmo que sejam as únicas capazes de comprovar a culpa do acusado.

Contudo, algumas exceções são cabíveis, como aponta GRINOVER, quanto à contaminação destas provas derivadas.⁹⁹ A primeira delas é a *independent source* (limitação da fonte independente), segundo a qual, se a prova secundária puder ser obtida por fonte independente da ilícita, pode ela ser utilizada dada a inexistência da

⁹⁹ GRINOVER, A.P. O regime brasileiro...p. 14.

relação de causa-efeito com esta. A segunda é a *inevitable discovery*, segundo a qual a prova ilicitamente obtida poderia ser valorada pelo tribunal se ficasse comprovado que ela seria inevitavelmente descoberta por meios juridicamente admissíveis.*

O direito alemão, antes da regulamentação legislativa das interceptações telefônicas, a despeito do direito à inviolabilidade da intimidade, admitia as provas ilícitas justificando-se no princípio de ponderação de interesses, ou seja, preconizava que alguns direitos fundamentais deviam ser sacrificados em benefício do interesse público, como no combate à criminalidade grave. Deste modo é que se admitiam no processo as provas ilicitamente obtidas e, por consequência, todas as delas resultantes em situações especiais, em que o direito a ser protegido justificasse esta limitação à intimidade das pessoas. Após a regulação do procedimento aplicável às interceptações telefônicas, tem-se como ilícitas todas as provas produzidas em desconformidade ao modelo legal, assim, não podem elas ser valoradas. Contudo, no que se refere ao efeito à distância, ou seja, a descoberta de provas outras que derivam da ilícita, têm os tribunais se manifestado no sentido de não haver qualquer transmissão da ilicitude inicial. Assim assevera GÖSSEL sobre o tema:

...o BGH tem-se invariavelmente pronunciado contra o efeito-à-distância. Se um arguido é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser seguramente valoradas (proibição de valoração direta); porém, se <<nesta audição o arguido menciona circunstâncias e factos que não resultam do gravador [...] então estas declarações podem obviamente ser valoradas em ulterior processo. Elas contêm um processo autônomo de conhecimento e não assentam>> na anterior violação da lei processual: um <<vício processual que determina a proibição de valoração de um meio de prova>> não pode <<sem mais, levar à penalização de todo o processo penal>>.¹⁰⁰

Desta forma, ora posicionando-se de acordo com o entendimento americano e ora baseando suas decisões no sopesamento de direitos fundamentais, é que a

* Danilo Knijnik cita ainda três diferentes causas de exclusão da ilicitude, quais sejam, a *purged taint limitation* (limitação da descontaminação: fato posterior, como a livre confissão do acusado, intervém, purgando a ilicitude inicial da prova), a *good faith exception* (limitação da boa-fé, a diligência é ilegal é realizada por policiais de boa-fé que desconhecem a ilicitude da autorização, por exemplo) e a limitação da expectativa legítima e pessoal, que não constitui uma limitação específica, nem tão pouco é unanimemente aceita. KNIJNIK, D. A “Doutrina os frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema corte na decisão de 16-12-93. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJURIS, v. 23, nº 66, mar/96, p. 61-84.

¹⁰⁰ GÖSSEL, K. As proibições de prova no direito processual penal da República Federak da Alemanha. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa: Aequitas, ano 02, vol. 03, jul/set 1992, p. 436.

jurisprudência brasileira debateu-se sobre a possível comunicabilidade do vício entre as provas ilícitas e as dela decorrentes. Contudo, assente está hoje a adoção da “teoria dos frutos da árvore venenosa”, ou seja, a ilicitude de uma prova se transmite às demais obtidas em sua função, mesmo que sejam decorrentes de práticas lícitas.

Sobre a adoção deste posicionamento, destaca-se o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, em julgamento realizado em 30.06.1993, no *Habeas Corpus* 69-912-0-RS: “De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.”¹⁰¹

Adota também o Supremo Tribunal Federal a “teoria da fonte independente de prova”, segundo a qual, se no processo existirem provas lícitas ao lado das ilícitas que sejam suficientes para fundamentar uma sentença penal condenatória, não há que se falar em invalidade da prova caso se comprove que as provas lícitas não possuam qualquer conexão com as ilícitas e desde que a valoração do magistrado recaia apenas naquelas. Assim é o que se vê no seguinte julgado:

HC – NULIDADES – OITIVA DE TESTEMUNHA SEM A PRESENÇA DO RÉU – NÃO-CONHECIMENTO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – DOSIMETRIA – EXACERBAÇÃO JUSTIFICADA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILÍCITA – ILEGALIDADE DA CONDENAÇÃO NÃO-RECONHECIDA – ORDEM DENEGADA – I. Não se conhece de alegação de nulidade por oitiva de testemunha sem a presença do réu, se a mesma sequer foi ventilada perante o e. Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. II. É descabido o reconhecimento de nulidade na dosimetria da reprimenda, se devidamente justificada a exacerbação procedida, sendo que a presença de condições pessoais favoráveis – como primariedade, bons antecedentes e residência fixa – não são garantidoras de eventual direito à pena mínima. Precedente do STF. III. Não se tem como ilegal a condenação, se a interceptação telefônica impugnada, inobstante possa ter sido colhida sem observância ao devido processo legal, não serviu de elemento de convicção para o decreto condenatório. IV – Ordem parcialmente conhecida e denegada. (STJ – HC 11781 – RS – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 17.04.2000 – p. 00073)¹⁰² (grifei)

Vê-se que a adoção do entendimento que inadmite no processo a valoração das provas derivadas é forma de garantia da dignidade dos acusados e do devido processo

¹⁰¹ GRINOVER, A. P. O regime brasileiro...p.74.

¹⁰² EDITORA SÍNTESE. Juris Síntese Millenium: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. n.º 24, jul-ago/2000. 1 CD-ROM.

legal. Claro há que determinados casos concretos podem deixar transparecer a necessidade de utilização destas provas para a punição dos acusados, casos estes extremes, que muitas vezes suscitam a indignação popular, contudo, a abertura de exceções pode dar ensejo a uma série de ingerências indesejáveis na intimidade das pessoas. Desta forma, a melhor solução é a vedação por completo da utilização destas provas, como forma de garantir que não sejam as provas ilícitas utilizadas indiscriminadamente, apenas para se obter outras que serão validamente admitidas no processo.

Apesar deste entendimento, há que se ressaltar que a teoria dos frutos da árvore venenosa tem recebido algumas críticas em seu país de origem por não ter conseguido refrear a má atuação policial em função da qual foi elaborada. Todavia, apesar desta relevante crítica, não se pode, mesmo assim, desconsiderar a sua aplicação, não em função da regulação da atividade policial, mas em função da proteção dos direitos dos acusados, no sentido de que se se permitir a valoração de provas ilícitas derivadas, se estaria incentivando a colheitas de provas inadmissíveis, que seriam indiretamente utilizadas, já que serviriam de base para o encontro de outras provas de maneira lícita.

Sendo assim, se de uma interceptação telefônica realizada ilicitamente provas forem obtidas que comprovem a prática do delito, como por exemplo, se das informações provenientes da interceptação ilícita conseguir-se localizar o produto do crime, não podem estas provas ser utilizadas para a acusação do acusado, sendo os autores da interceptação incriminados, nos termos do artigo 10 da Lei 9.296/96, ressalvando-se exceções como no caso de que a descoberta em questão pudesse ser realizada mesmo que a interceptação não tivesse ocorrido.

2 – CONHECIMENTO FORTUITO DE CRIMES

A discussão se opera quando, a partir de uma interceptação telefônica lícita, novos fatos são recolhidos, fatos estes referentes a crimes para o qual não havia ela sido autorizada, ou referentes a pessoas diversas dos acusados. Não são estes fatos, contudo, elementos da investigação, decorrentes de seu curso normal, mas crimes

referentes à terceiros ou crimes que nada possuem de conexão com o crime que legitimou a adoção da medida.

A doutrina brasileira não possui posição unânime quanto a possibilidade de valoração destes chamados conhecimentos fortuitos. Os ordenamentos jurídicos estrangeiros também apresentam posições conflitantes.

Na Alemanha, conforme explica COSTA ANDRADE, vê-se a adoção pelo Tribunal Federal de posição contrária a valoração dos conhecimentos fortuitos. Apenas são eles admitidos no caso do crime a que se referem constar também do catálogo de crimes passíveis de serem investigados por interceptação telefônica. Não é necessário que os conhecimentos fortuitos estejam em conexão com o crime do catálogo que legitimou a interceptação, podem reportar-se ao mesmo ou a outro crime, ao argüido ou a pessoa diversa. Desde que também constantes do catálogo, podem ser utilizados como prova. Em se tratando de associações criminosas ou terrorismo, podem ser utilizados os conhecimentos fortuitos sempre que os crimes constituírem a finalidade ou atividade da associação, mesmo que não constantes do catálogo (a doutrina é, em parte, contrária a este último entendimento do Tribunal).¹⁰³

Jurisprudência e doutrina portuguesas também exigem que os conhecimentos fortuitos refiram-se a crimes do catálogo. A este requisito se soma o “estado de necessidade investigatório” que se coloca para a admissão da interceptação telefônica na investigação de um delito. Ademais, em relação às associações criminosas, nada impede que os conhecimentos fortuitos sejam utilizados para investigar crimes que sejam a finalidade da associação.¹⁰⁴

No direito italiano, conforme explica TONINI, as provas colhidas nas interceptações somente são admissíveis, a princípio, como provas no procedimento para o qual foram autorizadas, restando apenas como *notitia criminis* para procedimentos diversos. Contudo, em se tratando de delitos para os quais é obrigatória a prisão em flagrante (artigo 270 do Código de Processo Penal), podem ser utilizadas para averiguar sua ocorrência, mesmo em se tratando de procedimentos diversos.¹⁰⁵

¹⁰³ ANDRADE, M. C. Sobre o regime...p. 399 et seq.

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ TONINI, P. op. cit. p. 252.

A doutrina brasileira em muito diverge sobre o tema. GRECO FILHO entende ser possível a utilização da gravação realizada quando o crime fortuitamente descoberto também possa ser ensejador de interceptação e desde que seja relacionado com o primeiro (concurso de crimes, continência ou conexão). Não considera admissível, por sua vez, a utilização da interceptação em face de fato desvinculado com o fato que originou a interceptação.¹⁰⁶

Opinião diversa apresenta STRECK, para quem os conhecimentos fortuitos podem sempre ser utilizados quando se referirem a crimes que estejam dentro de uma cadeia relacionada com o delito que ensejou a interceptação. Todavia, quando nenhuma conexão existir entre o crime investigado e o conhecimento obtido, tal prova deve ser admitida como indício para a busca da comprovação deste outro crime. Não pode a informação ser utilizada como prova única na ação penal, mas deve servir de indício para que se inicie nova investigação, agora em relação a estes fatos descobertos. Segundo ele, seria errado o Estado simplesmente ignorar o fato descoberto. A utilização como indício, do conhecimento fortuito ocorrido deve, segundo o autor, restringir-se aos crimes graves, que se enquadrariam na reserva constitucional passível de interceptação.¹⁰⁷

Como expõem GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO dada a inexistência de um rol taxativo em nosso ordenamento dos crimes que podem ser objeto das interceptações, deve o juiz utilizar-se novamente de critérios de proporcionalidade ao admitir ou não o aproveitamento da prova colhida.¹⁰⁸

Certo é que o conhecimento de um delito diverso do qual ensejou a interceptação não pode ser simplesmente desconsiderado, acarretando na impunidade dos delinquentes. Ademais, a interceptação em questão não é ilícita, o que acarretaria a completa exclusão da prova obtida. Trata-se de procedimento perfeitamente legal e admissível, sendo lícitas as provas dele provenientes. Sendo assim, devem ser utilizadas como *notitia criminis*, ou seja, a partir do conhecimento fortuito, inicia-se novo procedimento de investigação, não podendo a prova produzida ser utilizada

¹⁰⁶ GRECO FILHO, V. op. cit., p.21-22.

¹⁰⁷ STRECK, L. L. op. cit., p. 93-99.

¹⁰⁸ GRINOVER, A.P. , FERNANDES. A.S. . GOMES FILHO, A.M. op. cit. p. 185.

diretamente para a incriminação dos envolvidos. Até mesmo uma nova interceptação, para averiguar estes novos fatos descobertos, quando necessária, deve passar pelo procedimento exigido por lei para que seja admitida.

3 – A PROVA EMPRESTADA

Debate-se a doutrina acerca da utilização da prova proveniente de uma interceptação telefônica legalmente realizada em outros procedimentos não criminais.

A lei 9.296/96 impõe o segredo de justiça como regra para o procedimento de interceptação e permite a sua utilização apenas para fins criminais. Argumenta-se, assim, ser impossível a utilização da prova decorrente da interceptação em outro processo qualquer que não do âmbito criminal.

Contudo, maior razão parece estar em admitir-se, em alguns casos, a utilização desta prova. Neste sentido cabe ressaltar a opinião de GRINOVER, citando BARBOSA MOREIRA, para quem a questão divide-se em duas partes, primeiro a utilização de uma sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo de ação civil e outra da prova emprestada.¹⁰⁹

No primeiro caso, explica a autora, em se tratando a sentença penal condenatória de título executivo, as questões nela discutidas jamais poderão novamente ser levantadas no processo civil porque guardadas pela garantia da coisa julgada. Desta forma, nada impede que se utilize uma sentença que tenha seu fundamento num procedimento de interceptação visto que estas questões não poderão novamente ser argüidas no processo civil, em nada interessando para este, não havendo, desta forma, o óbice do direito ao segredo, visto que este não será quebrado, muito menos discutido, utilizado.

Quando, contudo, a sentença penal condenatória, embora transitada em julgado, não constituir título executivo civil, visto que a ação de reparação recai sobre terceira pessoa que não o acusado que teve seu sigilo telefônico quebrado, como as questões decididas no processo criminal poderão novamente ser argüidas, impossível a transposição da prova proveniente da interceptação telefônica. O responsável civil é

¹⁰⁹ GRINOVER, A.P. O regime brasileiro...p. 15/16.

imune à autoridade da sentença condenatória, as provas utilizadas no processo criminal, sob o crivo do contraditório, não estão sob a garantia da coisa julgada visto ser ele terceiro nesta relação jurídica, assim, não podem estas provas ser transportadas ao processo civil, sua realização deve ser novamente feita. Como a interceptação é impossível na área civil, não pode ela ser repetida, muito menos reutilizada.¹¹⁰

Levanta a autora mais uma questão: a possibilidade de invocar-se, no processo civil, prova produzida em processo penal anterior através de uma interceptação, desde que as partes de ambos os processos sejam as mesmas. A solução indicada remete ao apontado por Barbosa Moreira. Assim dispõe acertadamente a autora:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional.¹¹¹

GRECO FILHO aponta em sentido contrário. Para ele a prova emprestada deve ser considerada inadmissível no que toca às interceptações telefônicas. “A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada.” Somente admite a execução civil da sentença penal condenatória fundada na prova colhida pela interceptação para reparação de dano, visto que a prova não será mais discutida, mas não admite, por exemplo, sua utilização em ação autônoma, como o caso de indenização, relativa a direito de família.¹¹²

Considerando-se, contudo, a admissão da utilização da prova proveniente de uma interceptação como prova emprestada, como garantia do sigilo imposto pela lei 9.296/96, melhor seria que também o processo civil fosse guardado pelo segredo de justiça, ou seja, acessível apenas às partes e não a terceiros desinteressados, como garantia do direito à intimidade dos envolvidos.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ Id.

¹¹² GRECO FILHO, V. op. cit. p. 24.

Ademais, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO fazem ainda uma última ressalva, dizendo que este procedimento deve ser guardado por cuidados especiais, ou seja, deve o juiz sempre verificar se o processo penal não está servindo de meio oblíquo para a admissão da prova no âmbito civil, caso em que deve recusar-se a fazer a admissão da prova emprestada.¹¹³

4 – A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO ACUSADO

A utilização das provas ilícitas no processo, como visto, é inadmissível, contudo, esta inadmissibilidade não deve ser vista de forma absoluta. Nunca uma prova poderá ser obtida de maneira ilícita e ainda assim ser utilizada com o fim de obter a condenação de uma pessoa. Porém, em sendo tal prova ilícita a única capaz de realizar a comprovação da inocência do acusado, pode vir a ser admitida.

Assim é que, sempre que uma interceptação realizada pelo acusado for considerada ilícita porque realizada sem autorização ou em desacordo com os dispositivos da lei 9.296/96, porém, for o meio encontrado para a prova da inocência, deve, então, ser aceita.

Este entendimento segue na linha da ponderação de interesses, do princípio da proporcionalidade. É o direito à intimidade um direito fundamental, mas que não pode ser considerado superior ao direito individual do acusado de ver comprovada a sua inocência.

A admissão da prova ilícita em favor do acusado é a única exceção cabível no âmbito processual penal. Ressalte-se que apenas o interlocutor da conversa interceptada é que pode utilizá-la e apenas em seu favor, no sentido de comprovar a sua inocência, nunca para realizar a incriminação de qualquer pessoa que seja.

A divulgação desta conversa telefônica não constituirá crime. Entende-se que neste caso ocorre uma justa causa a legitimar a prática da interceptação e da divulgação da conversa. O interesse do acusado de ver proclamada a sua inocência é também interesse público, e não apenas particular, na medida da realização da justiça por parte do Estado e colide abertamente com o direito à privacidade. Porém, neste

¹¹³ GRINOVER, A.P. FERNANDES, A.S. . GOMES FILHO, A.M. op. cit, p. 194.

caso, adotados critérios de proporcionalidade, prevalece sobre os demais direitos, sendo afastada a ilegalidade do ato de produção da prova. Reflexo do direito amplo à defesa, assegurado constitucionalmente, principalmente no direito âmbito penal, cujos interesses em jogo foram considerados de maior relevância pelo legislador, ao admitir para eles, e apenas para eles, a interceptação de comunicações telefônicas legalmente.

Para GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, a admissão da prova ilícita *pro reo* trata da aplicação do princípio da proporcionalidade na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*". Ademais, em sendo a prova ilícita colhida pelo acusado, entendem que "a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade."¹¹⁴

SCARANCE FERNANDES também argumenta no sentido a admissibilidade das provas ilícitas em favor do acusado:

É ampla a aceitação de que seja ele [o princípio da proporcionalidade] aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos.¹¹⁵

Faz, contudo, o autor uma ressalva, dizendo que há quem defenda que o princípio da proporcionalidade deveria servir também à acusação, tendo em vista a necessidade de isonomia entre as partes, sobretudo em face da criminalidade organizada.¹¹⁶ Não parece ser este, contudo, o melhor entendimento, devendo-se admitir a prova ilícita apenas em casos excepcionais, para a prova da inocência do acusado, sempre que seja este o único meio de realizar-se esta comprovação. Em havendo outros meios capazes de comprovar a inocência do acusado, não se pode admitir a prova ilícita. Entendimento em sentido contrário abriria chance para que as provas ilícitas passassem a figurar com uma frequência que não pode ser admitida, tendo em vista a previsão constitucional que veda a sua utilização.

¹¹⁴ Ibid. p. 135.

¹¹⁵ FERNANDES, A.S. op. cit. p. 83.

¹¹⁶ Id.

VI) CONCLUSÃO

As interceptações telefônicas constituem hoje importante fonte de prova a ser utilizada em investigações criminais e instruções processuais penais, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XII.

Não devem ser entendidas como meros meios de prova dada a natureza cautelar de que se revestem, devendo guardar maiores cuidados quando de sua admissão e de sua execução, tendo em vista que mais facilmente acabam por ocasionar ingerências na vida íntima dos cidadãos, bem como limitações outras aos seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, podendo-se citar como exemplo o contraditório diferido.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à ampla defesa. Contudo, a produção de provas no processo é limitada tendo em vista a necessidade de assegurar-se a dignidade das pessoas envolvidas nesta atividade. Neste prisma é que a atual Constituição traz em seu artigo 5º, inciso LVI, como grande inovação, a previsão da inadmissibilidade das provas ilícitas.

As interceptações antes da Constituição de 1988 eram tidas como provas ilícitas, dada a natureza, a princípio, absoluta, do direito ao sigilo das comunicações. Com a previsão da possibilidade de interceptação, passou-se a admiti-las apenas em casos excepcionais, como reflexo da necessidade deste tipo de prova frente a crescente e especializada criminalidade.

Entende-se que esta limitação ao direito do sigilo das comunicações pode ser vista como forma indireta de limitação ao direito de intimidade também disciplinado constitucionalmente, tendo em vista que as comunicações nada mais são do que uma das manifestações da intimidade das pessoas.

O tema referente à interceptações telefônicas muitos problemas suscitou na doutrina e na jurisprudência nacionais, tanto antes quanto após a edição da Lei 9.296/96. Como dito, antes da Constituição Federal de 1988, eram consideradas ilícitas, apenas tendo sua admissão em casos excepcionais, quando aplicada a teoria da proporcionalidade, como sopesamento dos interesses em jogo no caso concreto. Após

a Constituição Federal os debates se realizaram em torno da possibilidade ou não de admissão das interceptações com base no Código de Telecomunicações. Prevaleceu o entendimento de que necessária era a edição de lei que viesse a dar todos os contornos do procedimento a ser adotado, considerando-se como ilícitas as interceptações realizadas fora do que esta lei viesse a disciplinar.

Assim, em 1996, entra em vigor a lei mencionada pelo texto constitucional, trazendo todas as hipóteses de cabimento e todo o procedimento referente às interceptações. Críticas devem ser feitas ao texto legal que foi editado, tendo em vista ter ele deixado de mencionar inúmeras situações que surgem da adoção da interceptação como meio de obtenção de prova. Uma grande crítica a ser feita reside no fato de permitir as interceptações de modo genérico, a todos os crimes apenas com reclusão. Desta forma, deixa o texto da lei de possibilitar a utilização da medida para inúmeras hipóteses em que seria necessária, por outro lado, permite a sua autorização para outras que jamais atenderiam aos requisitos de necessidade e adequação com que devem se cercar estas medidas cautelares.

A lei aplica-se tão somente às interceptações telefônicas, deixando de fora de sua regulamentação as chamadas escutas ambientais e gravações clandestinas, tendo em vista que estas formas de comunicação, segundo o entendimento majoritário de nossa doutrina e jurisprudência, não estão cobertas pelo sigilo que as primeiras se revestem.

Problema também traz a lei em sua previsão que permite a utilização do mesmo procedimento das interceptações telefônicas para as interceptações de comunicações por via de informática e telemática. Grande divergência doutrinária traz a interpretação deste dispositivo, havendo quem o considere constitucional e perfeitamente aplicável e havendo quem o considere inconstitucional face o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Num primeiro momento, parece ser melhor a interpretação que considera como inconstitucional tal dispositivo de lei, visto que restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas de maneira restritiva, porém, não se descartando em estudos futuros a adoção de uma interpretação progressiva do texto constitucional conforme desejam alguns doutrinadores.

O procedimento das interceptações deve, da melhor maneira possível, salvaguardar o direito à intimidade dos envolvidos, tanto do acusado, como de terceiros que participem das comunicações. A autorização judicial deve sempre analisar a estrita necessidade, a utilidade e a adequação da adoção da medida para a produção da prova que se deseja. Por outro lado, deve dizer a autorização os exatos limites em que deve ser realizada, descrevendo os meios, o tempo de duração, os sujeitos, etc.

As provas colhidas e que não possuam relevância para a elucidação dos fatos investigados devem ser o mais prontamente possível inutilizadas, a fim de assegurar o direito de terceiros de não ter a sua intimidade devassada.

Em relação ao contraditório, entende-se que deve ser ele realizado tão logo não seja o conhecimento pelo acusado capaz de prejudicar as investigações, visto ser este um direito seu em decorrência do chamado devido processo legal.

A lei traz, também, um novo tipo penal, considerando como crime as interceptações realizadas fora de seus moldes. Ou seja, além da inadmissibilidade da prova colhida fora do procedimento legal (a prova, por força do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, é inadmissível, se for admitida não pode ser valorada, se valorada, ocasionada a nulidade absoluta da decisão que nela se baseie), punidas serão as pessoas que efetivaram a interceptação.

No que toca às provas ilícitas por derivação, adota-se a teoria americana dos frutos da árvore venenosa, segundo a qual as provas que forem obtidas em decorrência de uma prova inicial ilícita são todas contaminadas pelo vício existente, fazendo-se, contudo, uma ressalva no que toca às limitações impostas à esta inadmissibilidade, como por exemplo no caso de ser a prova produzida independentemente da interceptação ilícita, caso em que poderá ser valorada, matéria esta ainda pendente de maiores definições.

No conhecimento fortuito de crimes entende-se que a prova colhida não pode ser desconsiderada, mas, considerando-se a excepcionalidade e a limitação em que a interceptação é admitida, a prova apenas pode ser utilizada como indício para o início de nova investigação, nunca de forma direta. No que toca à prova emprestada,

defende-se a sua admissão em casos restritos (mesmas partes e existência de contraditório anterior, por exemplo), por considerar-se que, uma vez quebrado o sigilo, frente aquelas partes não há mais que se falar em proteção, apenas devendo haver limitação, então, frente terceiros. Por fim, a prova ilícita utilizada em favor do acusado é o último tema abordado, devendo sempre ser admitida, por considerar-se que o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações não pode ser considerado superior ao direito de liberdade do acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra Editora, 1992;

_____. **Sobre o regime das escutas telefônicas.** In: Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa: Aequitas, ano 1, vol. 3º, jul-set 1991, pp. 369-408;

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** São Paulo: RT, 1996;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil.** v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989. 69-73;

CHIAVARIO, Mario. **Direitos Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 02, nº 05, jan/-mar 1994, p. 25-36;

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na Investigação Criminal.** 2ª ed. rio de Janeiro: Lumenjuris, 2001;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 6º ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;

COSTA JUNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995;

DIAS, Jorge Figueiredo. **A proteção dos direitos do Homem no Processo Penal.** In: Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba: Juruá, ano 05, nº 19, jan/mar 1980, p. 37-60;

EDITORA SÍNTESE. **Juris Síntese Millenium: legislação, doutrina e prática processual.** n° 24, jul/ago 2000. 1 CD-ROM;

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66-97;

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** In: Revista dos Tribunais, ano 01, out-dez/1992;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição Brasileira de 1988.** v.1, São Paulo: Saraiva, 1990. p. 36-39;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 1ªed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A [199_?]. p. 775;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.** São Paulo: RT, 1991;

GOMES, Luis Flávio, CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.1996.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

GOMES, Luis Flávio. **Interceptação telefônica de ofício: inconstitucionalidade.** In: revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, ano XLV, n°242, dez/1997. p. 31-37;

GOSSEL, Karl Heinz. **As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha.** In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa: Aequitas, ano 02, vol. 03, jul/set 1992, p. 397-442;

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n° 9.296/96, de 24 de julho de 1996.** São Paulo: Saraiva, 1996;

_____. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1991;

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. ver. Ampl. e atual. com a jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976;

_____. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, ano 94, v. 344, out/dez 1998;

KNIJNIK, Danilo. **A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93**. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJURIS, v. 23, nº66, p. 61-84;

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 84, out/dez 1996;

PETRAS, James. **Uma nação de delatores**. In: Revista Caros Amigos. Trad. GENNARI, Emílio. São Paulo, fev/2002;

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a lei 9.296/96: Interceptação telefônica**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro, ano 93, v. 340, out/dez 1997;

SARAIVA FILHO, Otton. **O sigilo bancário e o fisco: uma análise constitucional**. Interesse Público. Sapucaia do Sul, v. 3, nº10, p. 86-98, abr-jun/2001;

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 2ª ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1994. p. 55-178;

STOCO, Rui, FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** v.1, 7ª ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência. A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em : 29 de agosto de 2002;

TONINI, Paolo. **A prova no Processo Penal Italiano.** trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p. 242-252;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. vol. 3, 11ª ed. ver, e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.**