

WELLINGTON YUJI DAIKUBARA

**A PROIBIÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES
TELEFÔNICAS DO DEFENSOR**

**CURITIBA
2004**

WELLINGTON YUJI DAIKUBARA

**A PROIBIÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES
TELEFÔNICAS DO DEFENSOR**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof. orientador: **Dr. João Gualberto Garcez Ramos.**

Prof. co-orientador: **Mestre Rodrigo Muniz Santos.**

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

WELLINGTON YUJI DAIKUBARA

A PROIBIÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS
DO DEFENSOR

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

Prof. Rodrigo Muniz dos Santos

Prof. Rolf Koerner Júnior

Prof. Marcelo Graciano

CURITIBA
2004

Aos meus pais, Paulo e Ana,
por todo o Amor e pelos Sonhos realizados.
Ao Wilha, à Paulinha e à Karen.
Amo vocês.

*“Combate pela justiça a fim de salvares tua vida;
até a morte, combate pela justiça,
e Deus combaterá por ti contra teus inimigos.”*

Eclesiásticos, 4, 33.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO I – A INTIMIDADE E O SEGREDO PROFISSIONAL DO DEFENSOR	5
Seção I – Direito à Intimidade, Sigilo das Comunicações Telefônicas e Sigilo Profissional do Defensor	5
1 Direito à intimidade	5
2 Sigilo das comunicações telefônicas	7
3 Sigilo profissional	10
Seção II – Proteção Constitucional e Infraconstitucional.....	11
1 Proteção da intimidade	11
1.1 Princípio <i>nemo tenetur se ipsum prodere (acusare, detegere)</i> e liberdade de declaração	12
2 Proteção das comunicações telefônicas	14
3 Proteção do sigilo profissional do defensor	16
CAPÍTULO II – SOBRE AS PROVAS ILÍCITAS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	21
Seção I – Conceituação.....	21
1 Terminologia acerca da prova	21
2 Provas	22
2.1 Provas ilegais, ilícitas e ilegítimas	24
2.2 Índícios	26
3 Interceptação telefônica (<i>lato sensu</i>).....	27
3.1 Interceptação <i>stricto sensu</i>	28
3.2 Escuta telefônica.....	28
4 Gravações clandestinas.....	30

Seção II – Teorias e Doutrinas Sobre Proibições de Prova	33
1 Teoria da esfera jurídica (<i>Rechtskreistheorie</i>).....	35
2 Teoria dos três graus (<i>Deistrufentheorie</i>) ou das três esferas (<i>Dreisphärentheorie</i>)	36
3 Teoria da ponderação de interesses ou da proporcionalidade	38
3.1 Aplicação da teoria com base na teoria dos três graus (três esferas)	39
4 Teoria da gravidade	42
5 Doutrina Peters	43
6 Doutrina da imputação objetiva.....	44
7 Doutrina do fim de proteção da norma (<i>Schutzzweck der Norm</i>)	45
8 Doutrina do direito de domínio de informação (<i>Informationsbehrrschungsrecht</i>) e da exigência de defesa contra intromissões no domínio da informação (<i>informationelle Abwehranspruch</i>)	47
9 Doutrina dos processos hipotéticos de investigação	47
 CAPÍTULO III – QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO DEFENSOR	49
 Seção I – Requisitos para a Quebra do Sigilo Telefônico	49
1 Requisitos na doutrina estrangeira	49
2 Requisitos no Brasil.....	50
 Seção II – Inadmissibilidade da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas do Defensor.....	53
1 Conceitos preliminares: conhecimento fortuito e efeito-à-distância.....	53
1.1 Conhecimento fortuito.....	54
1.2 Efeito-à-distância.....	57
2 A danosidade social da interceptação das comunicações telefônicas do advogado	61
3 Da interceptação das comunicações telefônicas do advogado	63
 CONCLUSÃO.....	67
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

O crime torna permanente a insegurança e a violência contra a sociedade. A pena surge, então, como forma de restabelecer a paz de todos. Contudo, para o retorno à paz e à segurança, a decisão, que confere efetividade à pena, deve necessariamente se basear em provas, haja vista que a punição de um inocente causa mais ojeriza à sociedade do que a absolvição de um culpado.

Outrossim, há que se ter em mente que o fato delituoso gera uma antinomia entre Estado e indivíduo, pois, de um lado, como detentor do monopólio da violência legítima, cabe ao Estado, em nome da sociedade, o dever de investigar, acusar e julgar àqueles que não respeitem as normas de convívio social; do outro lado, também cabe ao Estado a proteção dos direitos e garantias do investigado, posto que todos são inocentes até que se prove, licitamente, o contrário.

Assim, para a investigação, acusação e julgamento deve o Estado se basear somente em provas colhidas sem violação aos direitos do argüido, pois, além de ter a prerrogativa de proteger seus súditos (punindo criminosos e preservando direitos), tem o Estado o dever de morigerar a sociedade, através da legalidade de seus atos e, acima de tudo, de uma atuação ética e moral para com o cidadão; tem, portanto, o papel ético e moral de, por seus atos, dar o exemplo de que o crime não compensa.

Destarte, observa-se que a prova assume um papel central nessa antinomia, visto que o Estado somente poderá utilizar-se da prova lícita para condenar o réu (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVI).

Superado o dogma da verdade real¹, a Constituição, ao estabelecer a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, criou uma barreira protetora do

¹ De acordo com CHIMENTI, os “(...) cantores extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, alegando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão só fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo.”(O processo penal e a verdade material: teoria da prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44). Para AVOLIO, “assimilar-se, pois, a verdade real à certeza absoluta e a verdade formal à certeza relativa seria também um erro sob o ponto de vista da gnosiologia judicial, da técnica da pesquisa da verdade, que é extremamente influenciada pro regras éticas. CERRONI, citando o procurador-geral da URSS, Vyshinskiy, diz que “a exigência de que o Tribunal estabeleça uma verdade absoluta é errônea, já que as condições da atividade judicial obrigam o juiz a resolver o problema não do ponto de vista da fixação da verdade absoluta, mas sim da máxima probabilidade

indivíduo em relação à perseguição penal. Destarte, a procura pela verdade material não pode legitimar qualquer abuso contra os direitos fundamentais do homem; ao contrário, a busca pela decisão justa deve sempre circundar as muralhas dos direitos fundamentais do homem, nunca se atrevendo a transpô-las.

Assim, diante do crime, da necessidade de pacificação social por meio da pena, do conflito entre Estado e indivíduo e da razão puramente ética e moral de investigar, acusar e julgar, a questão fundamental, que esta monografia procurará responder, é se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do defensor pode servir, como meio de prova, para quem quer eticamente julgar e moralmente educar².

destes ou daqueles dados submetidos à valoração judicial”. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

² Digo aqui que o Estado tem o dever de moralmente educar, pois, por seus atos (jurisprudências, prisões, investigações) a sociedade em geral tem uma noção maior ou menor do âmbito de seus direitos e do que é permitido e proibido. Assim, DINAMARCO, com uma visão instrumental do processo, entendendo que a educação é um dos escopos da jurisdição, argumenta: “na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios.”(DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2000, p. 162).

CAPÍTULO I – A INTIMIDADE E O SEGREDO PROFISSIONAL DO DEFENSOR

Ante a necessidade de estabelecer um embasamento teórico mínimo, para facilitar a abordagem específica da possibilidade ou não da quebra do sigilo telefônico do defensor, como tema introdutório trataremos perfunctoriamente do direito à intimidade e sua correlação com o direito ao sigilo, bem como a proteção jurídica que o ordenamento brasileiro outorga a esses direitos.

Seção I – Direito à Intimidade, Sigilo das Comunicações Telefônicas e Sigilo Profissional do Defensor

1 Direito à intimidade

Todos os seres humanos têm uma vida íntima, com segredos, aflições, esperanças. Todo homem é livre para fazer ou deixar de fazer o que quiser, como é livre para pensar e sonhar, pois é exatamente nisso que consiste a sua individualidade, enquanto membro de uma comunidade. A intimidade, então, é esse lugar para o qual a pessoa se recolhe, apartando-se da comunidade em geral, do convívio com pessoas indesejadas; é o lugar onde se é livre para desenvolver a personalidade.

Como bem salienta DOTTI, “a intimidade é um sentimento, um estado da alma, que existe nos ambientes interiores, mas se projeta também no exterior para ser possível viver a liberdade, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim, a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte. É, assim, uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito.”³

O referido jurista, adotando a linha de pensamento de Allan Westin, faz, ainda, uma diferenciação entre “quatro estados” da vida privada: “a ‘solidão’, quando a pessoa fica só por autodeterminação; a ‘intimidade’, quando o indivíduo está em companhia de outrem ou de um pequeno grupo (família, amigos); ‘anonimato’, que

³ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa. n. 66.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril/junho, 1980, p. 130.

consiste no interesse de não ser identificado na rotina do dia-a-dia; e a ‘reserva’, como vontade de não revelar certas coisas de si mesmo”.⁴

Para PONTES DE MIRANDA, o direito à intimidade derivaria do direito à liberdade, o qual integra o direito de personalidade.⁵

Por sua vez, COSTA JÚNIOR, analogamente ao que dispõe a teoria dos três graus⁶, identifica, na vida de relação, duas esferas concêntricas, com seus diâmetros variando de acordo com o indivíduo e o caso concreto⁷. A primeira delas, e a que está mais ao exterior, seria a esfera individual. Adentrando, estaria a esfera da vida privada (intimidade). Dentro desta, por sua vez, estariam dois direitos: o direito ao respeito da vida privada e o direito ao segredo.

Na esfera individual, inserem-se todos os “papéis” exercidos pelo indivíduo na vida de relação e que são de conhecimento público. Aqui, o indivíduo é considerado pela sociedade como um ser social, sendo visto como advogado, pai de família, professor universitário, torcedor, membro do conselho de pais e alunos, jogador-de-futebol-de-fim-de-semana, etc. Às informações desta esfera, apesar de dizerem respeito à personalidade do indivíduo, todos têm livremente acesso.

Na segunda esfera, há a reserva do indivíduo. O conhecimento da vida que ele leva gira em torno de pessoas mais íntimas, como amigos, esposa, filhos. Com o direito ao respeito da vida privada, o sujeito quer proteger-se de intromissões na sua vida privada realizadas por pessoas que não são de seu círculo de intimidade.

Ainda na esfera da privacidade, mas com relação ao direito ao segredo, encontram-se as informações mais secretas, os desejos, inquietudes, convicções mais íntimas, que não são confiados a qualquer um: aquilo que se espera que ninguém mais saiba ou que só algumas pessoas, as mais confiáveis, tenham conhecimento. Portanto,

⁴ Idem. *Ibidem*, p. 133.

⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo VII. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1974.

⁶ Para a análise dessa teoria, remetemos o leitor ao Capítulo II, Seção II, item 2.

⁷ No dizer de ARENHART: “fixar limites precisos para a noção deste direito é limitar algo essencialmente fluido e dinâmico. Os contornos do direito à vida privada variam, conforme a pessoa, a situação política, a época e a situação concreta”. (**A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora RT, 2000, p. 50). A propósito, o art. 80, do Código Civil português, estabelece:

“Art. 80 – Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada:

.....
2 – A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa”.

aqui, o que se está protegendo é a divulgação daquilo que lícitamente se conhece. Estaria compreendido por esse direito o desabafo contido em um diário íntimo, as confissões feitas a um ministro religioso ou a um amigo íntimo.

Resumidamente, em termos de proteção, COSTA JÚNIOR argumenta que a esfera individual “(...) serve à proteção da personalidade, dentro da vida pública (direito ao nome, à honra)”⁸. Enquanto que a esfera da intimidade, por dizer “(...) respeito à inviolabilidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior (o indivíduo convivendo com a sua própria individualidade)”⁹, serve como proteção de dois momentos da intimidade distintos: o direito ao segredo: a proteção de não se poder divulgar algo legitimamente conhecido (apesar de ser lícita a obtenção, não é lícita a divulgação); e o direito ao respeito da vida privada: proteção contra intrusos, os quais venham a se intrometer na sua esfera particular¹⁰ (aqui há a agressão à privacidade, pois a obtenção da informação é ilícita).

FERREIRA FILHO, interpretando o inciso X do art. 5º da CF, trata o que COSTA JÚNIOR chama de esfera individual como vida privada e esfera da intimidade como intimidade, explicando: “intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os relacionamentos humanos, inclusive objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”¹¹

2 Sigilo das comunicações telefônicas

As comunicações telefônicas, com a grande importância que possuem no trato comunitário diário – facilitando negócios, encurtando distâncias, aproximando famílias e amigos –, sem, no entanto, fugir à característica de trato privado (reservado), são com certeza meios de expressão da vida íntima das pessoas.

⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Ed. RT, 1970, p. 30. ()

⁹ COSTA JÚNIOR. Op. Cit., p. 30.

¹⁰ Idem, Ibidem, p. 32 ss.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35.

De acordo com a terminologia explicitada por DOTTI¹², pelas comunicações telefônicas podem expressar-se três “estados” da privacidade: a intimidade, a reserva e o anonimato. A intimidade se revela nas situações comezinhas da vida privada em que se fala com amigos e familiares. Da mesma forma ocorre com a reserva, que se manifesta em conversas de negócios, desabafos com a família ou amigos íntimos. Já, no anonimato, verifica-se a sua expressão de duas formas: positiva, *v. g.*, com os disque-denúncias; e negativa, *e. g.*, com os trotes telefônicos.

A propósito, GRINOVER entende que a expressão “sigilo das comunicações telefônicas” envolve um duplo aspecto, ou seja, para a processualista, a liberdade de comunicação é espécie de liberdade de manifestação do pensamento, enquanto o sigilo é expressão do direito à intimidade; portanto, a tutela desse direito pode ser feita pela proteção do segredo (não divulgação do pensamento sem autorização) ou pela proteção da reserva (intimidade).¹³

Sobre a problemática da amplitude da expressão constitucional “comunicações telefônicas” – se ela quer somente se referir às transmissões de voz por via telefônica ou se a toda e qualquer espécie de comunicação que utilize a via telefônica (telemática, informática, fax, modem) – PONTES DE MIRANDA, ao analisar o art. 153, § 9º, da Constituição Federal brasileira de 1967¹⁴, entende que, ao se proteger a inviolabilidade das correspondências e das comunicações telefônicas e telegráficas, desejava-se, no fundo, proteger a liberdade de não emitir pensamento¹⁵. Explica, o autor, que o sigilo ou segredo das comunicações (liberdade de não emitir pensamento) seria um dos casos de liberdade de pensamento¹⁶, pois “assim como aos homens se reconheceu a liberdade *ativa* de emissão de pensamento, reconheceu-se a liberdade *negativa*: pensar, porém não emitir; saber, porém não dizer. Quem sabe e não quer dizer é livre, como

¹² *v. pp.* 05-06.

¹³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 240 e ss.

¹⁴ O art. 153, § 9º, da CF de 1967, dispunha o seguinte “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”.

¹⁵ AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 171.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969**. Tomo V. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 169.

quem ignorasse”.¹⁷ Contudo, segundo o mesmo autor, “o art. 153, § 9.º, não protege, constitucionalmente, toda a liberdade de não emitir pensamento¹⁸. Só se refere ao sigilo da correspondência e ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. Fora daí, têm de ser invocadas outras regras jurídicas da Constituição de 1967, ou de leis ordinárias”.¹⁹ Portanto, tal expressão constitucional protegeria qualquer forma de manifestação da liberdade de não emitir pensamento, (seja pela palavra falada ou escrita, seja por dados) desde que feitas a uma só pessoa, com a utilização de comunicação telefônica ou telegráfica.

AVOLIO e GRECO FILHO²⁰ entendem que a expressão constitucional “comunicações telefônicas” abrange tão somente aquelas realizadas a partir da transmissão de voz²¹, e não toda e qualquer comunicação via telefone ou que utilize a linha telefônica, como é o caso da telemática, a qual “(...) versa sobre manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação (...)”.²² Assim, o legislador ordinário só poderia estipular regras sobre a quebra de sigilo das comunicações telefônicas que utilizassem a palavra falada, e não como o fez no parágrafo único do artigo 1º, da Lei 9.296/96.

Por sua vez, GOMES interpreta que tal expressão abarca qualquer forma de comunicação telefônica e que o fundamental é o uso da telefonia: “(...) tudo quanto

¹⁷ Idem, Ibidem.

¹⁸ Para o mencionado jurista, a liberdade de não emitir pensamento se infere em cinco situações:

“a) Liberdade de não emitir o pensamento, cuja espécie mais radical é a de pensar e de não emitir o pensamento de maneira nenhuma.

b) Liberdade de não emitir o pensamento, exceto para reduzido número (e. g., segredo de correspondência *circular*, dos *avisos reservados* a empregados, ou a amigos, habitantes de prédio ou de povoação).

c) Liberdade de não emitir o pensamento, exceto para *um* (e. g., cartas particulares).

d) Liberdade de emitir pensamento exceto *para si mesmo*. (...)

e) A liberdade de não emitir pensamento, exceto *a certa data*. (...). Idem. Ibidem, pp. 170-1.

¹⁹ Idem, Ibidem, p. 174.

²⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica** (considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996). São Paulo Saraiva, 1996, p. 13.

²¹ AVOLIO, Op. Cit., p. 115.

²² Idem. Ibidem, p. 115.

hoje se comunica pela telefonia (sons, imagens, dados, escritos, informações, sinais etc.) é interceptável, legalmente”²³.

3 Sigilo profissional

Existem determinadas profissões, funções, ministérios ou ofícios cujo conhecimento da intimidade das pessoas é essencial, tanto para uma sociedade considerada livre como também para a própria funcionalidade delas. Compreendidas dentre elas estão, v. g., a do médico, a do ministro de confissão religiosa, a do advogado.

Não dá para imaginar, *e.g.*, um advogado sem sigilo profissional, com o Ministério Público ou a Polícia, podendo exigir-lhe que deponha contra seu cliente; ou um defensor sem privacidade, não podendo conversar com seu patrocinado, sem que alguém os estivesse espionando, querendo saber o que o suspeito, réu ou condenado diz, se confessa ou não seus delitos. Se assim fosse, qual o cliente que diria a verdade ao seu defensor? Certamente, que só os incautos ou os tolos.

Assinala ANDRADE, citando a doutrina alemã, que

a comunidade tem um interesse vital no bom funcionamento dos serviços de saúde, do sistema jurídico, etc. O que só pode ser logrado quando o cliente confia plenamente no seu médico ou advogado e, sobretudo, quando estes não podem ser juridicamente compelidos a revelar os segredos que lhes são confiados. As relações de confiança do cidadão com os membros de determinadas profissões e os segredos individuais não são protegidos pelo §§ 53 da StPO e 203 do StGB (dispositivos correspondentes, respectivamente, aos arts. 135.º do CPP e 184.º do CP português)²⁴ apenas por eles próprios. São-no também porque e na medida em que estes profissionais asseguram uma função pública nos domínios da saúde, administração da justiça, controlo parlamentar, imprensa e informação e porque a prossecução sem perturbação destas funções pressupõe necessariamente uma relação de confiança com os cidadãos concretamente envolvidos.²⁵

Diante disso, todo Estado de Direito moderno admite o direito e o dever de sigilo profissional do defensor. Nesses Estados, jamais se admite o sacrifício a essas prerrogativas, admitindo-se apenas, em hipóteses excepcionais, algumas restrições,

²³ GOMES, Luiz Flávio. In **Interceptação telefônica Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

²⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, art. 207, CPP e art. 154, CP, respectivamente.

²⁵ ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 301.

pois não se conhece um meio advogado; um advogado, que no exercício de sua profissão, possua somente algumas prerrogativas.

Neste ponto, cabe fazer a diferenciação entre direito ao sigilo e dever de sigilo profissional. Aquele estaria intimamente ligado ao Direito Processual Penal. Seria a proibição de depor ou responder perguntas sobre assuntos que se deva guardar segredo por se ter conhecimento em razão da profissão, ofício ou ministério. Já, o dever de sigilo estaria ligado ao Direito Material Penal, onde se incrimina aquele que conhece segredos por meio de sua profissão e os divulga sem ter justa causa. Entrementes,

tanto o dever de sigilo que a lei substantiva prescreve como o direito ao sigilo que o direito processual reconhece, visam salvaguardar simultaneamente bens jurídicos de duas ordens distintas. A par dos interesses individuais da preservação do segredo sobre determinados factos, protegem-se igualmente valores ou interesses de índole supra-individual e institucional que, por razões de economia, poderemos reconduzir à confiança sobre o que deve assentar o exercício de certas profissões.²⁶

Seção II – Proteção Constitucional e Infraconstitucional

1 Proteção da intimidade

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Isso porque a Carta Magna elegeu como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, devendo toda interpretação jurídica partir desse pressuposto. Assim, considerou inviolável a intimidade e a vida privada, não querendo dizer, com isso, que se está frente a direitos absolutos. Contudo, estabeleceu que só, em último caso, quando estiverem em jogo interesses mais elevados, poder-se-á reduzir o seu âmbito

²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 53. No caso do direito penal alemão, “(...) como bem jurídico tutelado emerge em primeira linha a confiança geral no sigilo dos membros de determinadas profissões ou da Administração, etc, sem a qual não poderiam desempenhar, ou só poderiam fazê-lo de forma imperfeita, as tarefas que lhes estão acometidas no interesse da comunidade”.

de proteção. Tão assim é que, o Código Penal, no art. 153²⁷, tutelou uma das esferas da intimidade, estabelecendo a justa causa²⁸ como causa excludente de ilicitude.

Em verdade, a palavra inviolável é dirigida ao legislador, o qual não pode criar leis que desrespeitem de forma direta ou indireta o núcleo essencial da norma que protege os bens jurídicos intimidade e vida privada. Por exemplo, não se poderia criar uma lei que obrigue a instalação de câmeras no interior das residências familiares ou que obrigue os familiares a testemunhar contra seus parentes.

1.1 Princípio *nemo tenetur se ipsum prodere* (*acusare, detegere*) e liberdade de declaração

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 (a Constituição Cidadã), o princípio da dignidade da pessoa humana é, por justa causa, elevado ao “cume da orografia” (HUNGRIA) constitucional. Adrede, aqui e na maioria das ordens jurídicas dos países civilizados²⁹, há um princípio, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o qual ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se ipsum prodere*) (art. 5º, inciso LXIII, CF).³⁰ Abrangido por esse princípio, não está somente a confissão mediante tortura, mas qualquer prova que seja obtida através de engodo, malícia, abuso de confiança ou de

²⁷ “Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

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

²⁸ HUNGRIA elenca como justa causa para efeito do artigo 153 do Código Penal: o consentimento do interessado; a faculdade de comunicação de crime de ação pública; o dever de testemunho em juízo; a defesa de direito ou interesse legítimo; a comprovação de crime ou sua autoria. (Cf. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VI, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953).

²⁹ O princípio *nemo tenetur* configura um “(...) critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. (...) Se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incindivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório”. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 122.

³⁰ Sobre o princípio *nemo tenetur se ipsum prodere*, invocam-se “(...) os princípios fundamentais do processo penal de um Estado de Direito, que outorgam ao argüido o estatuto de um sujeito do processo, que não pode em qualquer caso ser coagido a contribuir ativamente para a sua própria condenação – *nemo tenetur se ipsum prodere*. O que tem como reverso o dogma de que toda a colaboração ativa do argüido para a descoberta da verdade há de passar pela sua liberdade esclarecida”.

qualquer outra forma que viole a integridade moral³¹ do investigado, seja ela produzida por particular ou pelo Estado. Na Alemanha, em respeito a esses princípios e ao direito ao silêncio – entre nós estampado no artigo 5º, inciso LXIII, CF/88 – há decisões do Tribunal Federal anulando fontes de provas obtidas sem o devido esclarecimento do depoente acerca de seu direito ao silêncio. GÖSSEL narra um caso em que o Tribunal sustentou a proibição de valoração das declarações de um argüido, o qual, por omissão de informações, foi induzido a erro sobre a própria qualidade de argüido e, comprovadamente, só por causa disso, prestou as tais declarações.³²

Há também que se considerar que, corroborando com o princípio do *nemo tenetur*, o princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF) estabelece que o indivíduo, suspeito de um crime, é inocente até que se prove, lícitamente, o contrário. Destarte, até este momento, goza de todos os direitos de homem e de cidadão. Tem, portanto, liberdades públicas e não pode ser coagido ou induzido a prestar declarações auto-incriminatórias.³³ Possui também outras liberdades públicas que devem ser respeitadas em nome de princípio da inocência, sendo, uma delas, a de emitir pensamento através da palavra, com pleno domínio sobre o que diz e para quem diz. Desta forma, há que se respeitar o direito à palavra falada, como direito fundamental, fruto de seu direito de ser livre, do seu direito de personalidade, o qual só poderá ser reduzido em face de um interesse comunitário maior.

O indivíduo, pois, do mesmo modo que é livre para dizer algo, é livre para não dizer. Se, frente à autoridade judicial, confessa seu crime, está exercendo seu direito de liberdade. Todavia, teve todo o direito de ficar em silêncio. Por outro lado, o mesmo não acontece quando o Estado escuta e grava uma conversa entre advogado e cliente

³¹ A própria Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

³² GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Julho/Setembro, 1992, p. 410.

³³ Ademais é certo que “(...) não impende sobre o argüido em dever de colaboração nem sequer um dever de verdade. E isto posta entre parênteses a *vexata quaestio* sobre se pode ou não se falar com propriedade de um autêntico direito da argüido à mentira (FIGUEIREDO DIAS). Seja como for quanto a este ponto, não cremos que possa questionar-se a asserção de CASTANHEIRA NEVES: 'o que ninguém hoje exige, superadas que foram as atitudes degradantes de processo inquisitório (a recusa do réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objeto de investigação), é heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora'(NEVES, Antônio Castanheira. **Sumários de processo criminal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1968, p.176)” ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 121.

através de aparelhos sub-reptícios, isso porque, se o investigado soubesse da gravação, não teria proferido nenhuma palavra auto-incriminadora, reservando-se ao direito de ficar em silêncio.³⁴

Logo, diante de um inocente – que não pode ser coagido a produzir prova contra si mesmo, sob pena de violação de sua dignidade –, dono de um legítimo direito à intimidade e, conseqüentemente, à palavra falada³⁵, o Estado não poderá beneficiar-se de liberdades concedidas por ele mesmo a todos, para acusar qualquer que seja, em nome do direito à prova.

Desse modo, há determinados direitos e reservas que têm que ser permitidos ou nunca haverá Justiça. É um preço pequeno que se paga em nome da liberdade, a fim de não se retroceder aos tempos inquisitoriais.

2 Proteção das comunicações telefônicas

Além do disposto no inciso X do artigo 5º da Carta Magna, há a proteção do inciso XII do mesmo artigo: “é inviolável o sigilo de 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”. (*grifo nosso*)

Primeiramente, ressalta-se que, para interpretação constitucional, deve ter-se em mente duas regras de interpretação: a primeira delas diz que se deve interpretar restritivamente a norma que restringir uma liberdade pública; a segunda, que não existem direitos absolutos, devendo-se sempre, ao surgir um conflito, no caso

³⁴ AVOLIO. Op. Cit., 107. O autor entende que fere o princípio do *nemo tenetur* a gravação clandestina, realizadas pela polícia, de declarações espontâneas do réu ou indiciado. Em sentido divergente, GRINOVER argumenta que na interceptação telefônica não há ofensa ao princípio do *nemo tenetur*, pois “o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressão de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade”. (**Liberdades públicas e processo penal**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 250).

³⁵ Com a proteção do direito à palavra procura-se impedir que aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registrado e suscetível de ser utilizado a todo tempo por qualquer um. O direito à palavra seria o poder de escolher quem pode ouvir, gravar ou reproduzir o pensamento exposto em forma de palavras.

concreto, aplicar o princípio da proporcionalidade³⁶, de modo a encontrar a harmonia do sistema constitucional.

Assim, diante de parte da doutrina que entende que o texto constitucional, ao autorizar a quebra do sigilo telefônico também autorizou a quebra de informações transmitidas por via da informática ou da telemática, entendemos que o texto constitucional é claro e diz especificamente que só é autorizado, ao legislador, legislar sobre a quebra da comunicação telefônica. No entanto, como não há direitos absolutos, entendemos que, no caso concreto, ao se deparar com lesão ou ameaça de lesão a bens ou interesses de maior valor que a intimidade, é lícito, através da ponderação de interesses, autorizar a quebra do sigilo de dados, de correspondência, de comunicação por telemática ou por informática, bem como da comunicação telegráfica. Por exemplo, no caso de um atentado terrorista contra a cidade de Curitiba, em que há planos de se explodir, em 24 horas, uma bomba nuclear no centro da cidade, e a única forma de encontrá-la, rapidamente, seja através da violação do sigilo de correspondência dos terroristas, parece-me que estaria justificada tal quebra frente à gravíssima ameaça.

No âmbito de proteção infraconstitucional, a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, dispõe, em seu artigo 10 que; “Constitui crime realizar interceptação de comunicação telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

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

E, ainda, a Lei 9.472 (Código de Telecomunicações), de 16 de julho de 1997, em seu artigo 183, pune a conduta de “desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações”, cominando pena de detenção, de dois a quatro anos, aumentada da metade se houve dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).³⁷

O Código Penal, em seu artigo 151, § 1º, incisos II, III e IV, tipifica o crime de violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefonia, apenando com detenção de um a seis meses:

³⁶ Para análise do princípio da proporcionalidade e da teoria da ponderação de interesses, remetemos o leitor ao Capítulo II, Seção II, item 3.

³⁷ AVOLIO. Op. Cit., p. 197.

“Art. 151. (...)
§ 1º. (...)

.....
II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;
III – quem impede a comunicação ou conversação referidas no número anterior;
IV – quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal”.

3 Proteção do sigilo profissional do defensor

A Constituição Federal 1988, entendendo ser o exercício da advocacia função tão importante quanto a função exercida pelo magistrado ou pelo promotor, nivelou-os, estabelecendo, em seu artigo 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Afirmando tal entendimento, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) dispõe: “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”. Assim, não há que se falar em advogado com direitos ou prerrogativas reduzidas, como também não se fala em promotor ou juiz com prerrogativas funcionais reduzidas.

O Código Penal, por sua vez, trata do dever de sigilo profissional, tipificando-o em seu artigo 154: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

Destarte, para a configuração desse crime é necessária a inexistência de justa causa. Na síntese de AVOLIO, justa causa é

(...) uma excludente de ilicitude, que faz a conduta legitimar-se em nome de outro interesse mais relevante, atuando como expressão do ‘estado de necessidade processual’ (...). Só se faz presente quando há ilicitude, pois, do contrário, prescinde-se dessa análise e a prova já se apresenta lícita, simplesmente porque não vulnera princípio, garantias e normas, e não porque está ‘rotulada’, ‘taxada’, prevista em lei.³⁸

³⁸ AVOLIO, Op. Cit., p. 202.

Para HUNGRIA, constituem justa causa, para a espécie do artigo 154 do CP, o estado de necessidade³⁹, a defesa de um interesse legítimo⁴⁰ (legítima defesa) e o consentimento do interessado, desde que não prejudique terceiros.⁴¹

Para COSTA JÚNIOR, por só proteger o segredo, o art. 154, do CP, tutelou a intimidade

(...) de forma mediata e insuficiente. Mediata, porque o objetivo do preceito foi o resguardo do segredo relatado ao confidente necessário, e a intimidade, que é o todo de que é parte o segredo, só indiretamente vem ser protegida. Demonstra ser também insuficiente a tutela porque nem todos os casos de ofensa à intimidade encontram, no dispositivo em epígrafe, a proteção necessária. Atente-se, por exemplo, ao relato que um paciente vier a fazer a seu médico de suas idéias políticas. O profissional não ficará adstrito a guardar nenhum segredo do que lhe vier a ser confiado, ainda que íntimo. Todos os segredos ou intimidades que venham a ser revelados, independentemente das atividades enumeradas na lei, não constituirão ilícito penal, dado que é indispensável o nexo causal entre o exercício de tais atividades e o conhecimento do segredo.⁴²

Já, o Código de Processo Penal trata do direito ao sigilo do profissional, estabelecendo que: “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

BITTENCOURT⁴³ entende que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a devida importância aos advogados, pois os excluiu da obrigação imposta a todos (art. 206, 1ª Parte, do CPP) de depor, estabelecendo expressamente, no artigo 207 do CPP, a *proibição de depor*. Ademais,

“convém destacar que, mesmo sendo desobrigados do sigilo do segredo da parte, referidos profissionais continuam desobrigados de depor: fá-lo-ão *somente se quiserem*, diz o art. 207 do Código de Processo Penal. Importa dizer que a proteção legal do segredo protege tanto o titular do segredo quanto o seu destinatário: mesmo sendo liberado pelo titular do segredo, razões éticas justificam a recusa do profissional em depor acerca de segredos de que tenha tido ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão. Nenhum profissional pode

³⁹ Segundo HUNGRIA, “o advogado que revela a confissão, que lhe faz o cliente, de ter sido o autor do crime de que outrem é acusado, não incorre na sanção penal, pois um inocente não pode ser sacrificado à impunidade de um criminoso”. (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VI, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 260).

⁴⁰ “O médico ou advogado, por exemplo, injustamente atacado em sua honra profissional por seu cliente, pode revelar o segredo deste, se tanto for necessário para sua defesa”. HUNGRIA. Op. Cit., p. 26.

⁴¹ Alega HUNGRIA que “*consensienti non fit injuria*”. Op. Cit., p. 264.

⁴² COSTA JÚNIOR. Op. Cit., p. 80.

⁴³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 525 e ss.

ser obrigado a violentar seus princípios éticos, aliás, em nome dos quais as pessoas são levadas a *confidenciar-lhes suas intimidades!*

Esses profissionais, na verdade, *não são obrigados a depor* nem “prestar informações” ou “esclarecimentos”, que não passam de *eufemismos* utilizados por determinadas autoridades, com visível *abuso de autoridade*, para burlar a proteção legal.”⁴⁴

Dessa forma, fica evidente que o advogado, além de ter suas prerrogativas funcionais, como o juiz e o promotor também as têm, tem também o dever e o direito de não revelar os segredos de seu cliente, mesmo que este o libere do dever de sigilo, eis que tem claro interesse em preservar a confiança da comunidade na profissão. Segundo TORNAGHI, “a proteção do segredo profissional decorre do interesse de *todos*, da necessidade que cada um tem de confiar no profissional e de estar seguro de que o segredo não será revelado. Por isso mesmo, contribui para aumentar a confiança geral e o prestígio da profissão aquele que, embora dispensado de guardar o segredo, não consente em depor em juízo a respeito dele.”⁴⁵

Quanto ao sigilo profissional, especificamente, do defensor, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) prevê, nos incisos II e III do artigo 7º⁴⁶, o seguinte:

“Art. 7º: São direitos do advogado:

.....
II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas **comunicações, inclusive telefônicas ou afins**, salvo caso de busca e apreensão (...).
(*grifo nosso*)

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”.

Por esse artigo, nota-se que há total proteção às comunicações do advogado, inclusive telefônicas ou afins, pois se entende que não há como um defensor exercer livremente a defesa de seu cliente sem todos os direitos que a lei lhe garante. Não há

⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 530.

⁴⁵ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. v. 2. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 403.

⁴⁶ Artigo 41, da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais): “Constituem direitos do preso:

.....
IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado”.

como se conseguir a ampla defesa do acusado e, conseqüentemente, a efetiva justiça sem o defensor técnico, pleno de prerrogativas.

Acertadamente ALKMIN afirma:

não se pode negar que o advogado, diferentemente do médico, do engenheiro, do economista ou de outras profissões liberais, desfruta de posição especial no seio da sociedade, calcado no fato de exercer suas atividades profissionais diante da força do Estado, na defesa dos direitos do seu constituinte. É certo que o advogado, ao enfrentar essa luta, às vezes árdua, e que pode se desdobrar em lances adversos à sua própria pessoa, tem de estar armado de algumas condicionantes básicas que lhe permitam sustentar a disputa.⁴⁷

Sobre a extensão da inviolabilidade do local e das comunicações do advogado, há interessante jurisprudência, a qual pedimos vênia para a transcrever:

ESCRITÓRIO – INVIOLABILIDADE – EXTENSÃO – O advogado tem como direito intocável, a individualidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins. O direito à inviolabilidade se estende a todos os meios e instrumentos de trabalho profissional, onde quer que eles se encontrem, ainda que em trânsito, inclui, portanto, na hipótese dos advogados da empresa, aqueles situados no domicílio ou sede de seu constituinte ou assegurado. A inviolabilidade somente poderá ser excepcionalmente quebrada mediante ordem judicial expressa e fundamentada, e estiver sob julgamento ou investigação questão envolvente exclusivamente da pessoa do advogado e pertinente a fato ou procedimento ilícito em que ele esteja envolvido. Resguardar-se-á sempre, por isso, o sigilo relativo aos interesses de seu constituinte. Esta inviolabilidade, prevista no artigo 7º, inciso II, do Estatuto da OAB, se sobrepõe às conveniências particulares da advocacia, para corresponder a relevantes interesses públicos, da sociedade e da cidadania. (Tribunal de Ética de São Paulo, sessão de 15-08-96 – Proc. E –1339 – v. m. com Voto Vencedor e Ementa do Dr. ELIAS FARAH - rel. Dr. MILTON BASAGLIA).

Salienta-se, que, atualmente, não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei alguma que impeça o advogado de comunicar-se livremente com seu cliente, nem lei que o impeça, quando acusado de participação em crime, de defender seu comparsa.

GRINOVER esclarece que a Lei 9.296/96, dentre outras lacunas,

(...) é omissa quanto à possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas entre suspeito ou acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objetos da investigação ou apuração em processo penal (art. 2º do Projeto Miro Teixeira). Aqui, o sigilo entre advogado e patrocinado deve ser considerado absoluto, inerente que é ao próprio exercício do direito de defesa, não podendo ceder diante do permissivo legal.” E, a diante afirma: “mais uma

⁴⁷ ALKMIN, Ivan. **O advogado e sua identidade profissional em risco**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

oportunidade perdida para deixar clara uma inevitável consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que o intérprete deverá apontar.⁴⁸

Destarte, entende AVOLIO que, “muito embora a lei de interceptações telefônicas não tenha previsto expressamente a vedação da medida nas conversas que envolvem o suspeito ou réu e seu defensor, deve ela ser tida por refutada pelo ordenamento jurídico, constituindo, assim, eventual gravação de conversa entre o advogado e o cliente, prova ilícita inadmissível no processo de qualquer natureza”.⁴⁹

Para MAIA NETO, quando se estabelecem liberdades públicas como essa, o legislador não está somente pensando em possibilitar, juridicamente, a ampla defesa, está, outrossim, dando segurança social. Assim, deve-se

(...) esclarecer que a proteção de determinadas informações privadas de pessoa física ou jurídica não significa qualquer espécie de impunidade penal. O sistema jurídico e a máquina judiciária possuem meios e formas para a devida, justa e necessária responsabilização. A insegurança ao direito de intimidade ou da privacidade acarreta intranquilidade social e fere princípios e valores constitucionais essenciais na relação indivíduo Poder Público, especialmente no que se refere à cláusula de sociabilidade entre intervenção estatal e os interesses fundamentais individuais.⁵⁰

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º17, janeiro-março/1997, p. 124.

⁴⁹ Op. Cit., p. 181.

⁵⁰ MAIA NETO. Cândido Furtado. Quebra do Sigilo Telefônico, Bancário ou Fiscal: violação dos direitos humanos e das cláusulas pétreas constitucionais individuais da cidadania. Ofensa ao Estado Democrático e ao garantismo jurídico-penal, **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n.º 16, Out-Nov/2002, p. 33.

CAPÍTULO II – SOBRE AS PROVAS ILÍCITAS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Este capítulo tratará especificamente de conceitos, terminologia e teorias sobre provas ilícitas, dando enfoque ao que diz respeito às interceptações telefônicas do defensor.

Desde já, fica a ressalva de que não procuramos esgotar o assunto, o qual na doutrina brasileira e alienígena é por demais debatido e controverso, principalmente no que se referem às teorias que procuram solucionar as diversas dificuldades suscitadas pelas provas ilícitas. Entretanto, dentro dos limites deste trabalho, expomos o fundamental para a compreensão do tema.

Seção I – Conceituação

1 Terminologia acerca da prova

É normal fazer-se confusão ao empregar o termo prova. Deve-se isso aos vários sentidos que esse termo possui na linguagem cotidiana. No entanto, tecnicamente, prova está ligada intimamente com convencimento, ampla defesa e contraditório.

Segundo o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidos nos incisos LIV e LV do artigo 5º. da Constituição Federal, em todos os casos em que se for colocar em risco a liberdade do indivíduo dever-se-á observar o contraditório e a ampla defesa e todos os recursos a ela inerentes. Dessa forma, o legislador constituinte atribuiu aos litigantes um autêntico direito à prova.

De nada adiantaria apenas possibilitar a produção de provas a uma das partes ou somente ao juiz, quando se busca a verdade em processo penal. Privilegiando-se somente uma das partes ou o juiz com a possibilidade de produzir provas, alcançar-se-ia tão somente a verdade induzida pela acusação ou pela defesa ou pelo juiz.

Assim, tecnicamente, só se poderá falar em prova quando o conhecimento de um fato ou circunstância passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.⁵¹ E mais, tal passagem deverá sempre ser verificada e avaliada por um juiz competente e imparcial (devido processo legal)⁵². Antes disso, somente se poderá falar em meio de prova, fonte de prova, objeto de prova ou indícios.

GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO fazem interessante diferenciação entre meio, fonte e objeto de prova: “(...) fonte de prova (os fatos percebidos pelo juiz), meio de prova (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo) e objeto de prova (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova)”.⁵³

Destarte, a interceptação telefônica considerada em si seria um meio de prova. O resultado da interceptação (gravação ou a degravação) das conversações consistiria em fontes de prova. Prova, só depois do crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo por eles possibilitado o depoimento dos agentes executores da interceptação e dos suspeitos, a perícia sobre conteúdo da gravação (se foi fraudado ou não), ou mesmo sobre a conversação em si (se foi realmente travada entre os suspeitos ou não). Antes, porém, poderia configurar elementos probatórios ou indícios de que os sujeitos interceptados são autores do delito que se quer comprovar.

2 Provas

Pode-se considerar como sendo prova tudo aquilo que, não ofendendo a moral e os costumes, é hábil para demonstrar a verdade sobre um fato; hábil no sentido de ser

⁵¹ “Na Itália e na França não é diversa a posição da doutrina, que frisa ser suporte essencial do método de produção da prova, próprio dos ordenamentos processuais modernos, o fato de ser realizada em contraditório”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 122.

⁵² “No processo penal, esse princípio geral toma dimensão mais ampla, na medida em que as provas constantes, quer do inquérito policial, quer dos procedimentos ou sindicâncias administrativas em geral, não se prestam senão à formação da *opinio delicti*, para efeito de oferecimento de denúncia, (...) sendo inaceitável que alguém seja condenado apenas com base nos elementos do inquérito policial ou de quaisquer outros procedimentos administrativos prévios”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. Cit.*, p. 121.

⁵³ *Ibidem*, p. 118.

capaz de induzir ou de embasar um juízo de convencimento objetivo sobre o tema em debate.

Além disso, de acordo com o artigo 3º, do Código de Processo Penal (admissão de aplicação analógica), combinado com o artigo 332, do Código de Processo Civil, que dispõe que somente os meios legais e os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, a prova deve ser, acima de tudo, limpa, isto é, produzida sem ofensas a garantias ou princípios constitucionais.

Seja no âmbito penal ou civil, a prova versará sempre sobre verdade. Verdade material ou verdade formal. Independentemente disso, a prova deve produzir, na alma do julgador, a certeza ou graus variados de probabilidade sobre o fato investigado, dando segurança, tanto à sociedade quanto ao juiz, para proferir seu julgamento⁵⁴. Assim, na lição de MALATESTA, “a prova não faz mais que refletir no espírito humano a verdade objetiva (...)”.⁵⁵

Não obstante, no âmbito penal, essa segurança ou tranqüilidade deve ser ainda maior, pois se está a tratar de crimes (que infamam a honra do sujeito) e de liberdade. Sói, adrede, que se busque a verdade material do caso a todo custo. Por segurança. Por certeza. Para pacificação social. Nem sempre, contudo, poder-se-á alcançá-la. E nesse caso há outro elemento pacificador social chamado de *in dubio pro reo*.

À mercê de várias críticas sobre a verdade material, entendemos que, como o processo penal tutela liberdades, garantindo a realização dos fins da Justiça, com segurança para as partes e para o Estado, a prova lícita, corretamente valorada por um juiz imparcial, é a única forma de se demonstrar e comprovar cabalmente a culpa (*latu sensu*) de um suspeito, sentenciando-o e condenando-o a perda de sua liberdade ou a privação de outros direitos. Da mesma forma, “Serrano Neves via na prova criminal aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença. O que

⁵⁴ GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO definem prova como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”, ressaltando que “embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em prova significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo”. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 310.

⁵⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**; tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 149.

não estiver contido nesse conceito não seria, para o autor, prova, mas “torpeza processual”.⁵⁶

2.1 Provas ilegais, ilícitas e ilegítimas⁵⁷

As provas podem ser legais e ilegais. Aquelas são as provas produzidas e introduzidas no processo com amparo na lei, sendo por ela permitida, não proibida ou justificada. Estas são as provas que são obtidas ou valoradas em violação a normas de proibição materiais e/ou formais.

Por sua vez, as provas ilegais podem ser ilícitas ou ilegítimas. As provas ilícitas versarão sobre violação a normas materiais, enquanto que as provas ilegítimas, da violação a normas processuais (procedimentais).⁵⁸

A doutrina de PETERS⁵⁹ permite, outrossim, traçar uma diferenciação entre os tipos de provas ilegais, denominando-as em regras de proibição de produção e regras de produção de provas. Aquelas versam sobre provas ilícitas e estas sobre as ilegítimas. Por exemplo, no caso de uma confissão obtida mediante tortura ou da interceptação telefônica sem consentimento judicial prévio, está a falar-se de provas ilícitas porque tais provas violam regras de proibição de produção de prova, as quais protegem a integridade física ou psíquica do ser humano (dignidade da pessoa humana) e sua intimidade. Já, está-se frente a uma prova ilegítima, portanto, de uma regra de produção de prova, no caso da lei que obriga que a revista pessoal seja realizada por policial que possua o mesmo sexo do revistado, pois não há uma proibição de produção, mas uma permissão, desde que realizada de acordo com o que a lei determina.

⁵⁶ AVOLIO. Op. Cit., p. 76.

⁵⁷ Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 126.

⁵⁸ A respeito GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. “(...) a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 131.

⁵⁹ Para análise dessa teoria, remetemos o leitor ao Capítulo II, Seção II, item 5.

Entrementes, cabe a ressalva de PONTES DE MIRANDA, quando da análise do meio de prova, pois, para ele, o essencial, para caracterização da prova ilegal, não é a modalidade da prova, mas se o seu conteúdo viola ou não norma material, constitucional ou processual. Traça, o jurista, uma conexão com os meios moralmente legítimos de prova:

os microfilmes, os slides, gravadores embutidos em estantes, mesas ou paredes, os computadores e outros meios de reprodução ou gravação não têm proibição. O que se há de examinar é aquilo que colhe, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo. O juiz, ao ter de negar ou admitir meio de prova, há de recorrer ao Direito Material e até mesmo à Constituição, porque não fica às leis dizer, a seu arbítrio, o que se há de entender por sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.⁶⁰

Na concepção de MAIA NETO, prova ilícita é “toda aquela que é produzida ou levada aos autos em prejuízo dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (*ex vi*, art. 5º, LVI, CF; art. 155 e ss. Do CPP; art. 25, Pacto de San José/OEA de 1969) (...)”.⁶¹

As Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação de Ada Pellegrinni Grinover, tomaram as seguintes posições em relação à matéria de provas ilícitas:

Súmula 48 – denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 – Podem ser utilizados no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1973, t. IV, p. 344.

⁶¹ MAIA NETO, Cláudio Furtado. Quebra do Sigilo Telefônico, Bancário ou Fiscal: violação dos direitos humanos e das cláusulas pétreas constitucionais individuais da cidadania. Ofensa ao Estado Democrático e ao garantismo jurídico-penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Nº 16 (out-nov/2002), p. 31.

2.2 Indícios

As provas podem ser diretas ou indiretas. As provas diretas têm como seu objeto a demonstração imediata do fato que se quer provar. Já as provas indiretas têm como seu objeto imediato algo diverso do que se quer provar, mas que por um esforço do raciocínio, chega-se, mediatamente, ao que se quer provar.⁶²

Por exemplo, se Tício viu Caio matar Graco, seu testemunho é prova direta sobre o fato. Contudo, no caso de se encontrar sangue de Graco na roupa de Caio, há uma prova indireta de que este matou aquele, pois só pelo raciocínio se poderá dizer que Caio matou Graco.

Entre as provas indiretas há os indícios. Estes demonstram circunstâncias que por dedução se pode constatar a existência de outras circunstâncias do fato que se quer provar. Segundo o Código de Processo Penal, em seu artigo 239, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (sic!), concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

MALATESTA entende como sendo indício “aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio de relação de causalidade”.⁶³ Assim, há sempre no indício uma relação de causalidade descoberta e entendida pelo raciocínio dedutivo. Se Mévio vê Tício escondido atrás de uma moita com uma espingarda, no local em que, horas depois, Caio iria ser morto, tem-se que há apenas indício de que Tício matou Caio. O fato de aquele estar atrás de uma moita com uma espingarda, por si só, não pode dar certeza de que ele estava ali aguardando Caio, mas apenas por dedução se poderá alcançar tal resultado. *A fortiori*, nem sempre se pode concluir que uma causa gerará necessariamente aquele e somente aquele efeito.

⁶² MALATESTA. Ob. Cit, pp. 150-1.

⁶³ MALATESTA. Op. cit., p. 213.

3 Interceptação telefônica (*lato sensu*)

Interceptar significa cortar a passagem, interromper no seu curso⁶⁴, deter na passagem. Logo, “(...) é uma conduta que só pode ser praticada por ‘terceiro’ (...)”⁶⁵. Destarte, interceptação telefônica é a operação técnica na qual terceiros (estranhos à conversa) captam informações contidas na conversação entre duas ou mais pessoas, as quais estão a utilizar o meio de transmissão telefônico (impulsos radioelétricos).

Segundo CAPRIOLI o elemento fundamental para o conceito de interceptação é a *terzeità*⁶⁶, isto é, a terceira pessoa. Dessarte, se interceptação significa captar alguma coisa na passagem de um emitente para um destinatário, é óbvio que este último não a poderá interceptar.⁶⁷

Assim, dentro desse conceito pode-se fazer menção a dois diferentes tipos de interceptação: a interceptação *stricto sensu* e a escuta.

Ressalta-se que a interceptação por si só não é prova plena. Só o será se autenticada por peritos quanto à autenticidade do conteúdo da conversação (se não há montagens ou cortes) e quanto à autenticidade das vozes das pessoas sob as quais recaiu a operação.

Da mesma forma, GRINOVER entende que “o valor probante do resultado da interceptação nada tem a ver com a admissibilidade desse meio de prova. A questão vai repercutir no momento probatório da sua valoração pelo juiz”.⁶⁸ Complementa AVOLIO, dizendo que isso ocorre porque a

(...) interceptação é uma operação técnica, que visa colher coativamente uma prova. Assim, quando o objeto da interceptação recair diretamente sobre o fato a ser provado, a prova resultante será direta; quando recair sobre fato diverso, que poderá conduzir ao fato que se pretende provar, a prova será indiciária. Portanto, o juiz, ao proferir a decisão, conforme a

⁶⁴ Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Encyclopaedia Britannica` do Brasil. Vol. II. 12. ed. 1990, p. 977.

⁶⁵ AVOLIO. Op. Cit., p. 160.

⁶⁶ “il concetto di intercettazione presuppone la terzeità dell’agente”. CAPRIOLI, Francesco. Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo código di procedura penale, **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc. 1** (marzo), 1991, p. 145.

⁶⁷ AVOLIO. Op. Cit., p. 92.

⁶⁸ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. Op. cit., p. 148.

identidade das vozes possa ser afirmada seguramente ou apenas reconhecida como provável, irá valorar o resultado da interceptação, respectivamente, como prova ou como indício.⁶⁹

3.1 Interceptação *stricto sensu*

Na interceptação em sentido restrito, há um terceiro, que sem o consentimento dos interlocutores, realiza a interceptação da conversação telefônica travada entre eles. O fator importante para a caracterização desse tipo de interceptação é o desconhecimento, pelos interlocutores, da terceira pessoa (*terzeità*) que capta as informações em curso na linha telefônica.

3.2 Escuta telefônica

Na escuta, há novamente o terceiro, mas um dos interlocutores sabe da sua existência e consente que faça a interceptação da conversa. Com efeito, na escuta, não se viola a privacidade de um dos interlocutores.

Pelo fato de não violar a privacidade de um dos interlocutores, somado ao argumento de que pela característica dinâmica da conversação, em que não se dá para individualizar, no momento do diálogo, a quem pertence o direito de intimidade que está sendo violado, alguns juristas entendem que havendo o consentimento de um dos interlocutores não há mais violação da privacidade. Entretanto, pelo mesmo motivo, há autores que sustentam que é necessário o consentimento de todos os interlocutores para se desconfigurar a violação. A respeito, comentando a doutrina americana, AVOLIO explicita:

A interceptação realizada com o consentimento de um dos interlocutores – denominada pela doutrina ‘escuta telefônica’ – não se enquadra na proibição de interceptação, por força do disposto no art. 2.511, § 1.º, letras *c* e *d*. (...) Atualmente, a prática denominada *consensual wiretapping* pelo participante de comunicação oral não é vedada pelo estatuto federal ou pelos estatutos da maior parte dos Estados que incorporam o *one party consent standart*. Apenas alguns Estados adotam o critério do *two party consent*, pelo qual todos os participantes devem render seu consentimento para tornar legítima a interceptação consensual.⁷⁰

⁶⁹ AVOLIO. Op. cit., p. 96.

⁷⁰ AVOLIO. Op. Cit, pp. 109-110.

No plano legal, há divergência doutrinária a respeito de saber se a Lei 9.296/96 regulamentou ou não as escutas telefônicas. AVOLIO e GRECO FILHO, adotando posição restritiva, entendem que não. Este autor, alegando que a Constituição só abriu a possibilidade à interceptação *stricto sensu*, advoga que

a gravação clandestina ou ambiental e a interceptação consentida são irregulamentáveis no âmbito do inciso XII do art. 5º, da CF, dependendo a sua licitude do ‘confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa⁷¹ para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal)’.⁷²

Na esteira do proposto por GRECO FILHO, AVOLIO explica que a Lei 9.296/96 não faz distinção entre interceptação *stricto sensu* e escuta, os quais apesar de possuírem as mesmas características identificativas (fator *terzeità*), possuem conteúdos distintos. Ademais, alega que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete o fazer. Porquanto, não lhe parece lógico tratar institutos com grau de danosidade distintas da mesma forma, já que na escuta não há violação à garantia da intimidade de um dos interlocutores.⁷³

Por sua vez, em interpretação diversa da expressão “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”, do art. 1º, da Lei 9.296/96, GRINOVER entende que o termo “qualquer natureza” quer se referir às espécies de

⁷¹ Por falar em justa causa, um exemplo concreto é trazido pelo jornal *Estado*, 06.01.1995: “num crime bárbaro de assalto, em que os ladrões fizeram reféns e violentaram as duas filhas do dono da casa, permanecendo no interior durante três horas comento panetone, tomando cerveja, cantando e sujando as paredes com fezes e urina, as equipes encarregadas da apuração cogitaram de pedir autorização à Justiça para colocar uma escuta no telefone da casa. É que, de acordo com a polícia, apesar de toda a humilhação sofrida pelas vítimas, principalmente pelas garotas, algumas pessoas, na maioria homens, ligavam para a residência passando trote e fazendo insinuações maldosas”. O STF tem entendido que em casos como esse é lícita a escuta telefônica ou gravação clandestina: HC 75338/RJ – 2º Turma – Min. Relator: Nelson Jobim- DJ Data: 25/09/98 – EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LICITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO O INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQUESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFIRIDA. (Cf. HC 75.262-6; HC 75261; HC 74.678).

⁷² GRECO FILHO, Op. Cit. 5-6.

⁷³ Cf. AVOLIO. Op. Cit. p. 154 e ss.

interceptações *lato sensu*, ou seja, interceptação *stricto sensu* ou escutas, admitindo, com isso, que o legislador tratou, também, das escutas.⁷⁴ GOMES, na esteira do pensamento da autora, separa a expressão em dois sentidos, isto é, a expressão “de qualquer natureza” refere-se tanto à comunicação quanto à interceptação. Portanto, para ele, a expressão interceptação telefônica de qualquer natureza, além de tratar sobre todos os tipos de comunicação que utilizam a via telefônica (informática, telemática, etc), também está a falar da interceptação *stricto sensu* e da escuta telefônica.⁷⁵ Ademais, como o art. 10 da Lei 9.296/96 criou o crime de interceptação telefônica e como “todo tipo penal cria o âmbito do proibido, e, ao mesmo tempo, o âmbito do permitido”⁷⁶, não seria uma interpretação abusiva a criminalização da conduta de “grampear” comunicações telefônicas alheias:

o fato de um dos interlocutores saber da captação não afasta a idéia de interceptação, mesmo porque é um terceiro que está tomando conhecimento da comunicação. De outro lado, urge a proteção do sigilo em relação a quem não está sabendo da interceptação. Logo, para se quebrar esse sigilo, é imprescindível autorização judicial. (...) Não é pelo fato de que um dos comunicadores tem ciência da captação que se descaracteriza a interceptação (mesmo porque, repita-se, nesse caso, é um terceiro que está tomando conhecimento do conteúdo da conversação). Em conclusão, a lei aplica-se tanto à interceptação em sentido estrito quanto à escuta telefônica.⁷⁷

4 Gravações clandestinas

Apesar de a doutrina não classificar as gravações clandestinas como integrantes do conceito ou detentoras da natureza de interceptação – pela inexistência

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 17. janeiro-março, 1997, p. 114.

⁷⁵ Cf. GOMES, Op. Cit., p. 96 e 104.

⁷⁶ GOMES. Op. Ci., p. 97.

⁷⁷ Idem. Ibidem, p. 105. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de 14/12/2001, entendeu ser ilícita a escuta telefônica sem ordem judicial: “(...) IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. (...)” (HC 80949/RJ – 1ª TURMA – Relator Min. Sepúlveda Pertence).

do fator *terzeità*, característico das interceptações – por sua importância conceitual e prática, também trataremos delas neste trabalho.

Primeiramente, salienta-se que como não são espécies de gênero interceptações, submetem-se a regime jurídico diverso daqueles meios de prova.⁷⁸

As gravações clandestinas são aquelas realizadas pelo próprio interlocutor, porém sem o consentimento ou ciência do outro. A doutrina, invariavelmente, admite que todos têm direito de documentar, através de gravações, as suas conversas. São, assim, considerados documentos particulares.

A clandestinidade não quer dizer, por si só, ilicitude da prova. Contudo, para que esse tipo de gravação seja considerado ilícito há necessidade de intenção de prejudicar, deliberadamente, portanto, sem justa causa, o outro interlocutor com a divulgação da conversa sigilosa. Mas tal ilicitude, para alguns, inexistente frente à justa causa:

a ‘justa causa’ é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina. E, dentro das excludentes possíveis, é de se afastar – frise-se – o direito à prova. Os interesses remanescentes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício da *privacy*. Assim por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, o próprio direito à intimidade e, sobretudo, o direito de defesa, que se insere entre as garantias fundamentais. Ocorrendo, pois, conflito de valores dessa ordem, a gravação clandestina é de se reputar lícita, tanto no processo criminal como no civil, independentemente do fato de a exceção à regra da inviolabilidade das comunicações haver sido regulamentada.⁷⁹

Quanto à possibilidade de utilização das gravações clandestinas como meio de prova, há discussão acalorada entre aqueles que pendem pela admissibilidade para a acusação, alegando justa causa excludente de ilicitude (HUNGRIA); e aqueles que a admitem como meio de prova somente *pro reo*⁸⁰.

Para GOMES, não se pode admitir que, as provas obtidas através de gravações clandestinas, sejam usadas para a incriminação de alguém ou para provar sua

⁷⁸ AVOLIO, Op. Cit., p. 93.

⁷⁹ AVOLIO. Op. Cit., p. 143.

⁸⁰ “Como sucederá quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses de perseguição penal, *máxime* aos direitos fundamentais. Assim e concretamente quando, v. g., a valoração de uma gravação ilícita represente a única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime. Dessa forma se prevenindo o intolerável atentando à liberdade e à dignidade que a condenação penal já de per si constitui, posta mesmo entre parênteses a conhecida cadeia das seqüelas negativas de uma pena como a prisão”. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., pp. 45 e 46.

culpabilidade. Admite-se, todavia, somente no caso dessa prova ilícita ser utilizada em benefício do acusado, para proteger sua inocência⁸¹:

aliás, o princípio constitucional em jogo no caso de uma gravação clandestina não é o da ampla defesa, senão o da **legalidade**. Cuida-se de gravação feita sem lei, sem base legal. Logo, ilícita, constitucionalmente falando, por violar o inciso X, do art. 5º. Qualquer restrição a direito fundamental exige lei. Trata-se do princípio básico do Estado de Direito, tal como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *verbis*: ‘Realmente, o princípio da legalidade condiciona a uma forma – a forma da lei – o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais’.⁸²

GOMES FILHO e FERNANDES, ainda, argumentando pela inadmissibilidade das gravações clandestinas como meio de prova penal, sustentam que, como não há um regime jurídico que as autorizem e por descaber o recurso da analogia *in malam partem*, são aplicadas à espécie as mesmas soluções jurídicas previstas para a correspondência epistolar, haja vista que, para eles, as conversações telefônicas nada mais são que a expressão moderna e oral do mesmo fenômeno de comunicação.⁸³

Por sua vez, AVOLIO entende que não é crime fazer gravação de suas próprias conversas; o crime, tipificado no art. 153 do Código Penal é divulgar sem justa causa o conteúdo da conversa. Assim, “será ilícita (...) a divulgação de conversa confidencial como prova penal incriminadora, podendo, contudo, haver justa causa que descaracterize a ilicitude”.⁸⁴

⁸¹ Entendeu, outrossim, o TRF 4ª Região, pela admissibilidade da juntada, ao inquérito policial, de gravação clandestina que prova inocência do suspeito: “PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS. POSSIBILIDADE DA JUNTADA. PROVA. FASE INQUISITORIAL. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES. NECESSIDADE. 1. Não há óbice para que o investigado em inquérito policial solicite a juntada de provas destinadas a demonstrar sua alegada inocência. 2. Em que pese as gravações clandestinas de conversas particulares possam ser consideradas ilícitas - o que, em tese, inviabilizaria sua utilização como prova em ação judicial - na fase investigatória não é razoável desprezar a existência de elementos que visam a contribuir para a correta elucidação dos fatos, mormente em face do princípio da verdade real que norteia o processo penal. (...)” (TRF 4ª REGIÃO – APELAÇÃO CRIMINAL – 8ª TURMA – Relator Juiz Elcio Pinheiro de Castro, DJ Data: 21/05/2003).

⁸² GOMES. Op. Cit., p. 107.

⁸³ Cf. GOMES FILHO. Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Os resultados da interceptação telefônica como prova penal**, 1985, *inédito*, disponível no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁸⁴ AVOLIO. Op. Cit., p. 100. O Superior Tribunal de Justiça, no HC 33110, de 24/05/2004, invocando o princípio da proporcionalidade, entendeu pela admissibilidade das gravações clandestinas como prova no processo penal. “EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. Gravações de conversas por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como

Entendemos ser inconstitucional a exclusão da ilicitude *pro societate*, com o argumento do direito à prova ou da eficaz realização da justiça, pois não há como ceder um direito fundamental do homem a sua dignidade, à intimidade, ao segredo, à palavra, frente os interesses da efetividade da justiça. De outro modo, todavia, se se entender que só a intimidade é protegida, mas não o seu abuso pela ação criminosa, chegar-se-á a conclusão insustentável de que, no âmbito da ação criminosa, não sobrarão espaço para qualquer área nuclear protegida de modo absoluto.⁸⁵

Para GÖSSEL, bastaria invocar a teoria dos três graus (três esferas)⁸⁶ para resolver o problema, eis que as gravações clandestinas entrariam no âmbito nuclear da esfera da intimidade, não legitimando, assim, por critério de proporcionalidade a prevalência do interesse na justiça eficaz.⁸⁷ Em suas palavras: “sempre, por isso, que a investigação dos fatos ou a sua valoração como fundamento da decisão implicar um atentado àquela área em que o argüido vive e actua à margem de qualquer relação social, tal será de todo em todo inadmissível, devendo afirmar-se uma invencível proibição de valoração”.⁸⁸

Seção II – Teorias e Doutrinas Sobre Proibições de Prova

Para GÖSSEL, “por doutrina das proibições de prova compreende-se aqui a doutrina das proibições de investigação de determinados factos relevantes para o processo, bem como das proibições de levar determinados factos ao objeto da sentença e, finalmente, das conseqüências processuais da violação daquelas proibições”.⁸⁹

prova no processo penal, máxime se a ela se agregam outros elementos de prova. ‘Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade’. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.” (Min. Relator José Arnaldo da Fonseca). O STF também tem entendido pela admissibilidade das gravações clandestinas, quando presentes causas justificadoras (HC 69.204-4; HC 75.262-6; HC 75261; HC 74.678).

⁸⁵ GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Julho/Setembro, 1992, p. 430.

⁸⁶ Para análise desta teoria, remetemos o leitor ao Capítulo II, Seção II, item 2.

⁸⁷ Idem. Ibidem, p. 429.

⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 427.

⁸⁹ Op. Cit., pp. 397-398. “As proibições de prova são barreiras ao objeto sobre o que pode recair a sentença (...)”. p. 439.

Desse modo, ao começar a analisar as principais doutrinas e teorias que versam sobre as proibições de prova, é necessário ter em mente que:

em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a atividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal. Neste contexto, a disciplina normativa da realização da prova em processo penal exprime-se prevalentemente pela via da permissão, só excepcionalmente revestindo a forma de proibição.⁹⁰

Outrossim, é preciso ter em mente que a doutrina faz distinção entre dois momentos fundamentais da prova: sua produção e sua valoração. Assim, nem sempre a invalidação de uma produção da prova irá conseqüentemente levar a sua inadmissibilidade em juízo; ou que a validação da produção acarrete necessariamente sua valoração pelo juiz.

Na doutrina alemã são poucas as vozes que defendem uma dependência necessária entre a invalidação da produção e sua inadmissibilidade no processo. Segundo ANDRADE, “hoje são poucas as vozes a fazer-se eco da crença, a seu tempo sustentada por BELING e recentemente retomada por HENKEL, segundo a qual a identificação em concreto de uma proibição de produção de prova, teria necessariamente como reverso uma proibição de valoração.”⁹¹

Destarte, deve analisar-se se e quando a violação de produção de prova vai acarretar uma proibição de valoração, “(...) tendo como horizonte a convicção de que não é função das proibições de valoração de prova dependentes compensar ou neutralizar todo e qualquer desvio da realidade processual à ordenação pré-definida pelo direito processual. Elas só operam a correção quando se receia que um erro já ocorrido na interação venha – ou, pelo menos, tal possibilidade subsista – a repercutir-se na sentença”.⁹²

Ressalta-se, por fim, que a doutrina e a *praxis* das proibições de prova vêm, aliás, revelando-se como um campo privilegiado de aplicação e confirmação de algumas das construções nucleares da dogmática penal substantiva⁹³, por exemplo, as

⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 22.

⁹¹ Idem. Ibidem, pp. 57 e 58

⁹² ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 58.

⁹³ Idem. Ibidem, p. 21/22.

doutrinas da elevação do risco e dos processos hipotéticos de investigação (versão processual da doutrina do comportamento lícito alternativo).

1 Teoria da esfera jurídica (*Rechtskreis*theorie)

A teoria da esfera jurídica tem origem jurisprudencial. Foi criada e cunhada pelo BGH (Tribunal Federal Alemão). Visava, em primeira linha, demarcar as hipóteses de legitimidade do recurso (de revista), só de forma indireta e reflexa curando de dar resposta ao problema da proibição de valoração.⁹⁴

Resumidamente, essa teoria propõe que

o argüido só poderá interpor recurso nos casos em que a norma violada, em sede de produção da prova, está preordenada à tutela da sua esfera jurídica e não de quaisquer outros interesses, (...) isto em nome do que considera ser o princípio geral e fundamental do processo penal segundo o qual o argüido só pode impugnar um vício processual se e na medida em que é por ele prejudicado. O argüido não está legitimado a recorrer em nome da garantia geral da conformidade do processo aos princípios do Estado de Direito.⁹⁵

Assim, a prova só será considerada ilícita em relação ao indivíduo concreto, em uma lide efetiva, quando a norma que prevê a produção da prova visar a proteção do indivíduo. Desse modo, o argüido não poderá alegar a ilicitude de uma prova só porque ela não obedeceu aos requisitos formais, gerais, de produção; portanto, só será ilícita, se, por essa inobservância, lesionar efetivamente o núcleo da esfera de interesses e direitos do indivíduo.

No entanto, criticando essa teoria, argumenta-se que o investigado além de ter o direito de que se respeitem todos os seus direitos, tem também o direito de que o processo penal se desenvolva sem nenhuma violação à lei. Qualquer violação a esses direitos atinge a esfera jurídica do argüido e, por conseguinte, poderá justificar uma proibição de prova.⁹⁶

⁹⁴ ANDRADE, Manoel da Costa, Op. Cit., p. 91.

⁹⁵ ANDRADE, Manoel da Costa, Op. Cit., p. 92.

⁹⁶ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa, Op. Cit., p. 93.

2 Teoria dos três graus (*Deistruftentheorie*) ou das três esferas (*Dreisphärentheorie*)

A teoria dos três graus, também é de criação jurisprudencial, agora, porém, pelas mãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Originariamente foi pensada para a área específica dos meios de prova que contendem com a esfera da privacidade e segredo⁹⁷.

Segundo esse tribunal, “devem distinguir-se três áreas ou esferas na vida privada, segundo a proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade e, por isso, ao caráter mais ou menos contínuo e absoluto da respectiva tutela jurídica”.⁹⁸

Em primeiro lugar, está a esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses. “O imperativo constitucional de respeitar esta área, a esfera íntima do indivíduo, tem o seu fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (...)”.⁹⁹

Para além deste núcleo central da intimidade, estende-se a esfera da vida privada, também ela projeção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa. Trata-se, porém – e aqui reside a sua diferença – de um bem jurídico que não se pode perspectivar absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, inteiramente a coberto da colisão e ponderação de interesses. O seu sacrifício em sede de prova em processo penal estará, por isso, legitimado sempre que necessário à salvaguarda de valores ou de interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade.¹⁰⁰

⁹⁷ ANDRADE, Manoel da Costa, Op. Cit., p. 94.

⁹⁸ Idem, Ibidem, p. 94.

⁹⁹ Idem, Ibidem, p. 94.

¹⁰⁰ ANDRADE, Manoel da Costa, Op. Cit., pp. 94 e 95. “Foi esta perspectiva das coisas que ofereceu ao Tribunal Constitucional Federal o fundamento material e normativo da sua interpretação extensiva e generalizadora do regime específico e expressamente consagrado para as escutas telefônicas. E lhe permitiu concretamente sustentar a tese da admissibilidade da utilização e valoração como meio de prova das gravações obtidas sem consentimento sempre que, sejam necessárias à perseguição e repressão da criminalidade mais grave. (...) Em termos análogos e noutra sede pode o Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre a apreensão de processos individuais num serviço público de tratamento de drogados. Por um lado, considera o Tribunal, os processos não contendem com a

Em terceiro e último lugar, é possível referenciar a extensa e periférica área da vida normal de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobreleva de todo o modo a funcionalidade sistêmico-comunitária da própria interação. Como se sucede, explicita o Tribunal Constitucional Federal, “quando num armazém se gravam as encomendas de um cliente, ou o corretor da bolsa grava as ordens de transação de um investidor. Nestas situações, considera o Tribunal, é o conteúdo objetivo da comunicação que aparece em primeiro plano, de tal forma que a personalidade do interlocutor desaparece quase por completo, perdendo, por isso a palavra o seu carácter privado”.¹⁰¹

Todavia, critica-se tal teoria pela dificuldade de se advogar uma esfera da personalidade a que o ordenamento jurídico dispense uma proteção tão forte, a ponto de estar livre de qualquer ingerência estatal, mesmo que a colisão seja contra interesses comunitários na defesa da própria existência da sociedade.

Por sua vez, ANDRADE, argumenta que seria difícil determinar exatamente onde termina e começa cada área de intimidade no contexto da vida de relação.¹⁰²

GÖSSEL, aderindo à doutrina do Tribunal Constitucional Federal, advoga um regime diferenciado das gravações ocultas a partir da respectiva localização topográfica na área da privacidade.¹⁰³ Nesta linha, GÖSSEL leva à conta do núcleo inviolável a palavra proferida em conversa privada, em geral produzida na base da confiança de que não será ocultamente gravada. Nesses casos, “a gravação oculta constitui uma intromissão na área nuclear da conformação da vida privada, que goza de proteção absoluta, não podendo, por isso, justificar-se em nome do interesse

esfera inviolável da intimidade, mas apenas com a esfera da privacidade. Por outro lado, à normal colisão entre os interesses da privacidade e da perseguição penal, acresce aqui o interesse relacionado com as finalidades terapêuticas em relação aos dependentes da droga. Nestes termos, sustenta o Tribunal Constitucional, os processos não poderão ser utilizados como prova para efetivar a responsabilidade criminal dos próprios consumidores. Mas a sua valoração já será admissível se necessária à descoberta e perseguição das redes de tráfico de estupefacientes ou dos crimes graves a elas eventualmente a ela associados”.

¹⁰¹ Idem, *Ibidem*, pp. 95 e 96.

¹⁰² “(...) as dificuldades de demarcação segura das fronteiras que separam as três áreas e os respectivos regimes, entre as quais medeiam, mais do que linhas de clivagem e de contraste, zonas de penumbra”. ANDRADE, Manoel da Costa, *Op. Cit.*, p. 97.

¹⁰³ Cf. GÖSSEL. *Op. Cit.*, p. 397 ss.

prevalecente do Estado. Uma ponderação segundo o critério da proporcionalidade não pode ter aqui lugar”.¹⁰⁴

3 Teoria da ponderação de interesses ou da proporcionalidade

Para AVOLIO, “a idéia de proporção sempre esteve ligada à noção de Direito. DANTE em uma frase sintetiza tal idéia: *‘ins est realis ac personalis homine ad hominem proportio’*”.¹⁰⁵

O termo “proporcional” foi utilizado primeiramente no Direito Administrativo por Von Berg, em 1802. Posteriormente, veio a cunhar-se o “princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins”. A concepção do termo é, pois, dotada de um sentido técnico no Direito Público e teoria do Direito Germânicos, correspondente a “uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados”.¹⁰⁶

Foi na jurisprudência alemã (16.03.1971) onde primeiro se estabeleceu, com precisão, a formulação do que se considera, hoje, como proporcionalidade. Nessa decisão afirma-se que “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.¹⁰⁷

O princípio da ponderação de interesses foi utilizado pelo BGH (Tribunal Federal Alemão) em um famoso julgamento que ficou conhecido como o primeiro caso do diário.¹⁰⁸ Segundo tal decisão, a proibição de valoração de diários pessoais e íntimos compreende-se apenas enquanto desenvolvimento da personalidade e não a

¹⁰⁴ Idem, Ibidem, p. 99.

¹⁰⁵ AVOLIO. Op. Cit., p. 55.

¹⁰⁶ Idem. Ibidem, p.58.

¹⁰⁷ Idem. Ibidem.

¹⁰⁸ Decisão de 21.2.1964, Cf. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, p. 1139 e sgs.

sua degradação. Assim, conforme tal decisão, há plena possibilidade de valoração de diários que contenham os registros dos crimes e de suas vítimas¹⁰⁹.

Entretanto, só há a aplicação desse princípio no caso de confrontação entre o direito pessoal e fundamental garantido constitucionalmente e interesses do Estado que vão além da perseguição penal. E, ainda, desde que a extremada garantia das liberdades no processo penal possa impedir ou paralisar a “(...) conformação e funcionamento de uma ordenação do processo penal racional-teleológica e adequada a uma eficaz realização da justiça penal”¹¹⁰. Destarte, entende-se que deve haver um tratamento diferenciado para a criminalidade “diferenciada” ou considerada mais grave, isto é, de acordo com a proporcionalidade de cada situação concreta, quando um crime coloca ou já colocou em perigo um bem jurídico importante como a vida ou a própria existência da sociedade, as liberdades públicas – v.g., o direito ao segredo ou à intimidade – devem recuar um pouco, cedendo o espaço necessário para se enxergar a justiça.

3.1 Aplicação da teoria com base na teoria dos três graus (três esferas)

Segundo ALEXY, “toda norma é bem uma regra ou um princípio. (...) Tanto as regras quanto os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser”.¹¹¹ Porém, a diferença substancial entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau de abstração. Os princípios possuem uma amplitude maior para estipular o que deve ser proibido ou permitido, conforme a natureza deôntica da norma.¹¹²

Dessa maneira, dentro do grau de qualificação, infere-se que “os princípios são mandados (ordens) que podem ser realizadas das mais diversas formas dentro das

¹⁰⁹ GÖSSEL critica esse entendimento, pois “Se, efectivamente, só a personalidade é protegida, e não já a sua degradação na acção criminosa, então no âmbito da acção criminosa não sobrá espaço para uma qualquer área nuclear protegida absolutamente – uma consequência insustentável”. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Julho/Setembro, 1992, p. 430.

¹¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 29.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 87.

¹¹² Idem, *Ibidem*, p. 86.

possibilidades jurídicas. Princípios são mandados *prima facie*, e não definitivos. As regras só podem ser realizadas de uma única forma, ou seja, da forma expressa”.¹¹³

Então, em tema de ponderação de interesses, se faz mister, primeiramente, verificar se a norma que tutela o bem jurídico fundamental é uma regra ou um princípio, pois, em verdade, não há propriamente um conflito entre este e aquela espécies de normas.

Assim, para FARIAS, está-se, realmente, diante de um conflito entre princípios fundamentais quando:

(...) interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõe-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros. Os interesses comunitários relevantes não são todos e quaisquer bens jurídicos, são exclusivamente aqueles bens coletivos protegidos pela constituição. Somente a necessidade de salvaguardar estes últimos justifica a restrição de direitos fundamentais quando colidentes com valores comunitários. Exemplos: O bem comunitário *saúde pública* (CF, art. 6º) pode colidir com o direito de livre locomoção (CF, art. 5º, XV); o bem jurídico *patrimônio cultural* (CF, art. 216, §1º) pode colidir com o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); (...).¹¹⁴

Destarte, para solucionar a colisão de direitos fundamentais, a doutrina propõe os seguintes passos metodológicos:

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira caberia, inicialmente, ao intérprete-aplicador determinar o *Tatbestand* (*âmbito de proteção*) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitucional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão, porquanto essa primeira etapa poderia excluir desde logo a hipótese de colisão, sendo esta apenas aparente. E, não havendo colisão, a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele *não existe* naquela situação.¹¹⁵

Verificada, no entanto, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais cabe ao intérprete-aplicador realizar a *ponderação* dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. “Nessa

¹¹³ Idem, Ibidem.

¹¹⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio / Antônio Fabris Editor, 1996, p. 94.

¹¹⁵ FARIAS, Op. Cit., p. 97.

tarefa, pode guiar-se pelos princípios da *unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade*, dentre outros, fornecidos pela doutrina”.¹¹⁶

Pelo princípio da unidade da constituição, entende-se que ela deve ser interpretada como um todo; que nela não existem palavras supérfluas ou inúteis. Há que se ter uma visão total, sistemática e teleológica do ordenamento. De acordo com HESSE,

La relación e interdependência existentes entre los distintos elementos de la Constitución ... obligan a no contemplar em ningún caso solo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas as normas constitucionales han de ser intepretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas consitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es ela que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución e evite su limitación unilateral a aspectos pariales.¹¹⁷

Pelo princípio da máxima efetividade ou da concordância prática, entende-se que os direitos constitucionais devem sempre ser aplicados ao caso concreto, buscando seu grau máximo de realização, possibilitado pela hermenêutica jurídica de cada ordenamento. Assim, “(...) os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise **preservar e concretizar ao máximo** os direitos e bens constitucionalmente protegidos”¹¹⁸ (*grifo nosso*).

Com o princípio da proporcionalidade, observando-se as características peculiares das partes, sopesando os interesses em discussão, faz-se a redução – jamais o sacrifício total – daquele grau máximo de aplicação, em prol de outro interesse, que, no caso, revela-se mais importante.

Para FARIAS, aplica-se tal princípio da seguinte forma:

Por meio de um processo racional de fundamentação estabelecem-se as condições necessárias e adequadas de harmonização e/ou de preferência de um direito sobre outro oposto num caso concreto de colisão de direitos fundamentais. Sendo que tal fundamentação deve observar a lei de ponderação que, segundo ALEXY, significa que a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto.¹¹⁹

¹¹⁶ FARIAS. Op. cit., pp. 97/98.

¹¹⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 48.

¹¹⁸ FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 98.

¹¹⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 98. Segundo o autor, este princípio “(...) é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto”.

Contudo, cabe o alerta sobre o evidente perigo de se utilizar o princípio da ponderação de interesses, tendo de um lado da colisão os direitos fundamentais do indivíduo, e, do outro, a consideração de que o Estado tem o direito fundamental a uma justiça penal eficaz, pois

o princípio do Estado de Direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da perseguição penal. Agora vem, o Tribunal Constitucional a inserir o interesse da perseguição penal na própria muralha do princípio do Estado de Direito, sendo precisamente no interior desta muralha que ele será levado à ponderação com os direitos dos cidadãos argüidos. Por esta via, o interesse de perseguição penal acaba ser colocado no mesmo plano dos princípios fundamentais do processo penal de um Estado de Direito¹²⁰.

Da mesma forma, ANDRADE, citando AMELUNG, diz que diante da alegação de que os direitos fundamentais do indivíduo podem ceder frente à criminalidade grave, afirma: “as proibições de valoração não configuram um ato de graça dispensado aos agentes da pequena e média criminalidade nem assentam em qualquer cálculo econômico no contexto do caso concreto, como supõe a doutrina da ponderação”.¹²¹

4 Teoria da gravidade

Segundo a teoria da gravidade, impõe-se que será o grau maior ou menor da gravidade da infração à lei, em sede de produção de prova, que decidirá se e quando a proibição de valoração irá ocorrer.

ANDRADE critica essa teoria, dizendo que há preceitos que prescrevem invariavelmente a proibição de valoração para sua violação, qualquer que seja a respectiva gravidade.¹²² Cita-se, por exemplo, no direito alemão e americano, a necessidade de as autoridades esclarecerem o argüido a respeito de seu direito ao silêncio, invalidando as provas obtidas sem a observância desse procedimento.

¹²⁰ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. Ob. Cit., p. 35.

¹²¹ ANDRADE. Op. Cit., p. 36.

¹²² Idem, Ibidem, p.100.

5 Doutrina Peters

A doutrina Peters se baseia na teoria da gravidade, porém, nota-se maior rigor sistemático. Segundo ANDRADE, privilegia-se,

(...) para o efeito – e postas entre parênteses as regras de produção da prova¹²³ que não pertencem à categoria das proibições de prova¹²⁴ –, a contraposição entre o que designa, respectivamente, por proibições de perseguição da prova (*Beweisverfolgungsverbote*) e proibições do processo de prova (*Beweisverfahrensverbote*). As primeiras – de que constituirá manifestação paradigmática o § 136^a) StPO – ‘limitam a perseguição penal (...) pondo a descoberto um espaço livre de perseguição penal’ (*strafverfolgungsfreien Raum*). Determinam que a produção de prova é pura e simplesmente inadmissível, estando em absoluto e sob quaisquer circunstâncias excluída. As segundas, pelo contrário, apenas limitam (excepcionalmente) o espaço em princípio aberto à perseguição penal. A prova em si pode ser levada a cabo, só que vinculada a determinados pressupostos. Dados, porém, estes pressupostos (consentimento, concordância) ou eliminados os correspondentes obstáculos, a realização da prova pode ter lugar. Só está excluída sob determinadas circunstâncias. A não observância destes pressupostos ou obstáculos constitui um mero vício processual (*Verfahrensfeler*): o tribunal não ultrapassa aqui as fronteiras da prova, mas apenas os limites processuais que lhe são postos.¹²⁵

Exemplo paradigmático das regras de proibição de perseguição de provas é a confissão mediante tortura; já, quanto às regras de proibição de processo de provas, cita-se a interceptação das comunicações telefônicas, as quais exigem, para sua licitude, alguns requisitos, barreiras a serem ultrapassadas.

A crítica feita a essa doutrina baseia-se no fato de que ela acaba por admitir que as violações ao mesmo preceito legal possam, consoante as circunstâncias do caso, ter de qualificar-se como proibições de perseguição da prova, proibições do processo de prova ou, mesmo, como meras regras de produção de prova.

¹²³ Regras de produção de prova “(...) visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação”. (ANDRADE. Op. Cit., p. 84). As regras de produção da prova configuram, na caracterização de FIGUEIREDO DIAS, “meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor. Uma vez preordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos”. (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra Editora: Coimbra, 1981, p. 446).

¹²⁴ As proibições de prova são “barreiras colocadas à determinação dos fatos que constituem objeto do processo” (GÖSSEL. Op. Cit., p. 439), sendo que o que define a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade.

¹²⁵ ANDRADE, Op. Cit., p. 101.

6 Doutrina da imputação objetiva

Essa doutrina traz a concepção da dogmática penal substantiva para o processo penal, com o intuito de resolver a problemática das proibições de valoração. Expõe uma doutrina da imputação objetiva, com efeito processual, nitidamente, focado na sentença proferida pelo juiz.

Assim, pondera ANDRADE que,

(...) no contexto de um renovado paradigma dogmático que enfatiza a índole estruturalmente normativa da imputação de um resultado a uma conduta humana, (...) a violação do dever tem de se ligar normativa, e não casualmente, ao resultado, também as violações das normas processuais há-de influenciar a sentença não casualmente, mas normativamente. O nexó normativo entre a violação da lei e a sentença é já de afirmar quando sem a violação do direito a sentença teria, pelo menos possivelmente, outro sentido¹²⁶.

Aqui cabe a explicação de que a imputação de um resultado deve ser normativa e não casual. Para isso, a sentença tem que se apoiar, normativamente, numa violação da lei capaz e suficiente para se atribuir o resultado da sentença. Assim, se, num processo hipotético, com a exclusão da prova produzida com a violação da lei, ocorrer a mudança no sentido da sentença, então, tal violação normativa é causa suficiente para se invalidar a sentença e, portanto, para essa prova deve haver proibição de valoração.

Desta forma, considera-se que há um âmbito objetivo a ser protegido em toda a ação, com um limite a partir do qual a proteção cai e se está frente ao ilícito – “é o que sucederá nos casos em que a valoração proibida do meio de prova constitua o único suporte probatório sobre que assenta a sentença condenatória. Hipótese em que tanto a pertinência do recurso como o sentido de sua decisão – *sc.* absolvição do argüido – se afiguram inescapáveis”¹²⁷. Mas, excluindo-se aquela violação do mundo normativo, e, assim mesmo, a decisão, ainda for a mesma, pouco importa se a violação ocorreu ou não; ou seja, com esta violação, não se eleva o risco de invalidar a sentença.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 65.

Obviamente que tudo isso deve ser considerado dentro dos parâmetros normativos, não da convicção do julgador. Assim, deve considerar-se que, objetivamente, todo juiz condenaria, e não só aquele que teve conhecimento da prova invalidada.

Destarte, sempre que o juiz, ao valorar tal prova, ultrapassar os limites objetivos de uma sentença normativamente válida, deve-se, invariavelmente, anulá-la.

Entrementes, verifica-se que no contexto do caso concreto,

o normal será que a prova proibida concorra com uma bateria de meios admissíveis, numa teia dificilmente extrincável de influência e codeterminação recíprocas. Muitas vezes nada, por isso, mais aleatório e inseguro do que a tentativa de identificar e isolar o peso que o meio de prova terá tido na convicção do julgador. Nestas hipóteses só pela via da revogação da decisão se poderão assegurar a reafirmação contrafáctica das normas violadas e a actualização do respectivo fim de proteção. O que terá de se fazer prevenindo o perigo de a convicção sobre a responsabilidade criminal do argüido, entretanto lograda – e para a qual contribuiu, a seu modo, o meio proibido de prova – ter já operado uma reinterpretação cognitiva do significado e da valência probatória dos meios sobrantes e legítimos de prova.¹²⁸

7 Doutrina do fim de proteção da norma (*Schutzzweck der Norm*)

Como a doutrina anterior, também esta adota a teoria da imputação objetiva. A diferença entre as duas reside, sinteticamente, no momento em que cada uma pretende atuar para solucionar o problema da valoração. Enquanto aquela visa primordialmente atacar a prova produzida ilicitamente no momento em que ela influi na sentença condenatória, determinando ou não a sua proibição de valoração, esta a ataca considerando o fim de proteção da norma que instituiu a proibição, isto é, se no fim de proteção da norma está ou não inserida a proibição da valoração.

Para essa doutrina, é importante verificar se é a produção ou a valoração da prova que lesiona irreparavelmente o fim de proteção da norma que instituiu a proibição. Se for pela mera produção da prova, não se está diante de uma proibição de valoração. Todavia, se a valoração aprofundar ou lesionar irreparavelmente o fim de

¹²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., pp. 65 e 66.

proteção da norma, então, verdadeiramente, estar-se-á frente a uma proibição de valoração.¹²⁹

A partir dessa doutrina, pode-se concluir que a valoração das declarações ilegalmente obtidas só poderia ter lugar ao se considerar que a norma protetora, a qual veda que alguém seja coagido ou iludido para que produza provas contra si mesmo, só tutele o direito de transmitir o pensamento, e não a sua valoração em juízo.

Tal, porém, não se dá, uma vez que o resultado envenenado e indesejado, a colaboração involuntária ou não esclarecida do argüido na sua própria condenação, ainda não se deu de modo irreparável. Pelo contrário, a lesão só se consumará se e na medida em que as declarações não esclarecidas do argüido vierem efetivamente a servir de suporte à sua condenação.¹³⁰

Já, no caso da interceptação telefônica, em que o fim de proteção da norma é o sigilo das conversações entre as pessoas, o direito à intimidade: com a quebra do sigilo, há irreparavelmente a destruição do fim de proteção, logo, deve o seu conteúdo ser valorado como prova. Entretanto, especificamente, no caso da interceptação telefônica do advogado, o fim de proteção imediato é o segredo e a confiança depositada na relação profissional, mas o fim mediato, o qual é lesionado ou aprofundado com a valoração judicial, é a ampla defesa e os interesses sistêmico-sociais, pois com a valoração se está prejudicando o devido processo legal (ampla defesa), além de causar insegurança na relação com o profissional, confidente necessário.

ANDRADE, porém, crítica essa teoria, argumentando que, semelhante à teoria dos três graus, é muito difícil precisar qual é o fim de proteção da norma. Pois, conforme o autor, não deixam “(...) de abundar as normas de intencionalidade teleológica pluridimensional, a suscitar complexos problemas de hierarquização dos vários fins de proteção e, sobretudo de aplicação dos critérios da consumação e aprofundamento do dano”.¹³¹

¹²⁹ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 103.

¹³⁰ Idem, Ibidem.

¹³¹ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 106.

8 Doutrina do direito de domínio de informação (*Informationsbehrrschungsrecht*) e da exigência de defesa contra intromissões no domínio da informação (*informationelle Abwehrranspruch*)

De acordo com essa doutrina, aponta-se uma categoria de direitos de domínio de informação, sob a qual se reconduz todo um conjunto de direitos fundamentais que têm em comum cometerem ao respectivo titular o domínio exclusivo sobre a pertinente área de informação. Assim, tais direitos de domínio de informação viabilizam a seu titular o poder de escolher para quem, quando, como e onde essas informações podem ser reproduzidas novamente. “Tais direitos permitem, assim, aos seus portadores um certo controlo sobre o ambiente social. Ajudam-nos a dominar um dos maiores problemas da convivência com outros homens: a redução para um limiar calculável e tolerável de insegurança sobre o seu comportamento.”¹³² Isso porque, em rigor, “(...) não existe informação em si boa ou má: tudo dependendo de quem (como, para que) a obtém e utiliza”.¹³³

Assim, visa essa doutrina preservar a comunicação inocente e a própria convivência em sociedade, garantindo a quem expõe um pensamento o direito de decidir sobre se suas palavras poderão ser eternizadas através de uma gravação ou se, quando e de que forma poderão ser divulgadas.

A respeito, com entendimento bastante parecido, MORAES sintetiza: “assim, a tutela constitucional das comunicações pretende tornar inviolável a manifestação do pensamento que não se dirige ao público em geral, mas a pessoa, ou pessoas determinadas. Consiste, pois, no direito de escolher o destinatário da transmissão”.¹³⁴

9 Doutrina dos processos hipotéticos de investigação

A partir da doutrina do fim de proteção da norma, criou-se, com base também em uma concepção de direito material penal (comportamentos lícitos alternativos),

¹³² ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 49.

¹³³ Ibidem, p. 49.

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 91. A essa idéia coaduna-se a aceção de AMELUNG sobre o domínio da informação.

uma nova doutrina das proibições de valoração, a qual se baseia nos chamados processos hipotéticos de investigação.

Na sua formulação mais simples:

a violação dum proibição de produção da prova não determina a proibição de valoração do meio de prova sempre que se possa afirmar que aquele meio se teria igualmente, caso se tivessem respeitado as normas processuais violadas. (...) Resumidamente a inevitabilidade da violação da lei – dada a possibilidade de obtenção do mesmo resultado através de processo alternativo e conforme o direito – retira àquela violação a eficácia ou relevância causal no contexto da produção da prova.¹³⁵

Em termos substancialmente convergentes, e continuando a levar as questões à sede da causalidade, viria a se sustentar que “a obtenção ilegal de um meio de prova pode ‘até certo ponto’ ser ‘ultrapassada’ pela consideração dum agressão sucedânea hipotética (*hypothetische ersatzeingriff*).¹³⁶

Todavia, há que se ter um limite, pois as proibições de prova existem para proteger o argüido dos excessos do Estado, em sua ânsia pela verdade material. Diante disso, faz-se mister que a obtenção de meio probatório pelo processo alternativo se revele, pelo menos, altamente provável: “não meramente possível nem sequer apenas mais provável do que o seu contrário, o que obrigará *pro reo* – no sentido de se imputarem à violação da lei os meios de prova – todos os casos de dúvida”.¹³⁷

Para o caso das interceptações telefônicas, pondera-se que, como são matéria de reserva jurisdicional, não há como se realizar tal produção de prova sem a devida autorização judicial, alegando a alta probabilidade de, em se requerendo a autorização, o juiz a conceder, pois, caso contrário, a competência do juiz nessa matéria não teria sentido nem eficácia.¹³⁸

¹³⁵ ANDRADE. Op. Cit., p. 107.

¹³⁶ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. Cit., pp. 107-108. A título de exemplo, no caso Weimar (1989), em que “(...) impende a suspeita de ter morto o seus dois filhos. Munida da pertinente autorização judicial, a polícia criminal procedeu a buscas no domicílio de Weimar. No dia seguinte, e sem qualquer autorização a polícia voltou a efetuar buscas em casa da argüida, tendo apreendido peças de vestuário que pretende utilizar como prova. Apesar de esta segunda busca domiciliária ser ilegal, entendeu o BGH que nada se opunha à valoração das provas obtidas. E isto precisamente em nome da consideração de que, se a polícia tivesse tempestivamente solicitado a autorização judicial esta não deixaria de ser concedida”.

¹³⁷ ANDRADE, Op. Cit., p. 110.

¹³⁸ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. Cit., p. 110.

CAPÍTULO III – QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO DEFENSOR

Seção I – Requisitos para a Quebra do Sigilo Telefônico

1 Requisitos na doutrina estrangeira

A doutrina estrangeira, em linhas gerais, estipula quatro requisitos fundamentais para a quebra do sigilo telefônico. O primeiro deles refere-se a necessidade de que o crime a ser investigado conste de um catálogo¹³⁹, isto é, faz-se mister um rol taxativo de crimes, considerados mais graves ou que só possam ser descobertos, sem o maior sacrifício de outros direitos, pela interceptação telefônica.

Por segundo, a doutrina aponta a necessidade de haver *fumus boni iuris*, ou seja, uma forma relativamente qualificada de suspeita da autoria de um crime do catálogo, já executado, ou, pelo menos, uma tentativa punível do mesmo. A doutrina alemã tem entendido que essa suspeita qualificada é

(...) uma fórmula que tem sido interpretada no sentido de não reclamar, v. g., o limiar dos fortes indícios da prática do crime (exigido na prisão preventiva). Mas que não se basta em qualquer caso com meras suposições ou boatos não confirmados. 'A suspeita, tem pelo contrário, de atingir um determinado nível de concretização a partir de dados do acontecer exterior ou da vida psíquica'. A simples suspeita, impendendo sobre um argüido, sem maiores indícios ou elementos que façam ser verossímil a atribuição da suposta autoria, não justifica a restrição ao direito constitucional'¹⁴⁰.

¹³⁹ Segundo AVOLIO, a Lei 98/74, inseriu uma série de modificações no Direito Material e no Direito Processual penal italiano. No Código Processual italiano inseriu, junto ao artigo 226 uma série de requisitos para concessão de interceptação. Alguns deles são: a) as interceptações só poderiam ser empregadas em relação a inquéritos que versassem sobre crimes dolosos punidos com pena superior a cinco anos e infrações relativas a entorpecentes, armas e explosivos, contrabando, injúria, ameaça e perturbação mediante telefone; b) existência de sérios e concretos indícios de infração penal bem como a afetiva necessidade de utilizar a interceptação telefônica, pela impossibilidade de se obter a prova de outro modo; c) a cominação de nulidade absoluta e insanável da prova obtida através de interceptações ilegais. Op. Cit., p. 116.

¹⁴⁰ ANDRADE. Op. Cit., p. 291.

De acordo com o terceiro requisito, as interceptações telefônicas devem estar vinculadas ao princípio da subsidiariedade, isto é, devem ser meio necessário¹⁴¹, adequado ou idôneo¹⁴² para produzir a prova que se almeja.

“Consensual, por último, a necessidade de limitar as escutas a um universo determinado de pessoas ou ligações telefônicas (...)”¹⁴³

Ressalta-se, ainda, que na Alemanha, nos Estados Unidos e na Itália, o Ministério Público pode, diante da urgência do caso, determinar fundamentadamente a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, porém, ficando sempre sujeita à convalidação judicial.¹⁴⁴

2 Requisitos no Brasil

No Brasil, a Lei Maior estipula que a quebra do sigilo telefônico só será lícita se autorizada por juiz competente (incisos XXXVII e LIII do art. 5º, CF), em decisão fundamentada (inciso IX do artigo 92, CF e 5º, da Lei 9.296/96), nas hipóteses e na forma que a lei (9.296/96) estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sempre observando o devido processo legal (inciso LIV do art. 5º, CF), sob pena de inadmissibilidade da prova obtida (inciso LVI do artigo 5º, CF).

Dessarte, não é lícita a interceptação telefônica produzida no âmbito civil, para fazer prova que não seja de utilização no processo ou investigação penal. Outrossim, o juiz competente para julgar a medida cautelar deve ser, de acordo com a Lei 9.296/96, art. 1º, em uníssono com o que dispõe o artigo 800, *caput*, do Código de Processo Civil, o juiz da causa principal. Ainda, a Lei 9.296/96, no artigo 5º, em consonância ao inciso IX do artigo 92 da CF, dispõe que a decisão do juiz deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

¹⁴¹ As instâncias de perseguição penal só devem recorrer às interceptações depois de terem esgotado todas as outras possibilidades. Assim, a mera alegação de que por outros meios ficaria mais custoso ao Estado ou seria mais difícil a obtenção de resultados, não a justifica.

¹⁴² A quebra do sigilo telefônico só será admissível se comprovadamente apta a produzir os resultados desejados na investigação. Precisa ser indispensável. Não adiantaria, por exemplo, requerer a quebra do sigilo telefônico de uma organização criminosa que se saiba só utilizar a comunicação telegráfica.

¹⁴³ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., pp. 290 a 292.

¹⁴⁴ AVOLIO, Op. Cit., p. 113 e 118.

Quanto aos termos constitucionais “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, a Lei 9.296/96 ao estipular os contornos, requisitos, gerais e específicos do tema, determina em seu artigo segundo, optando pela formulação negativa, que:

não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Os requisitos gerais estão inseridos nos incisos I e II. Este corresponde à necessidade da quebra do sigilo telefônico ser caracterizada, no caso concreto, como indispensável¹⁴⁵, sendo que a expressão “outros meios disponíveis”

não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim, os *meios legais-processuais*. Caso contrário, a simples alagação da polícia de que ‘não tem outros meios disponíveis’ (p. ex. falta de peritos, etc.), já seria bastante para o deferimento da escuta, o que, convenhamos, viria, inexoravelmente, a solapar a lei e a Constituição. Isto porque o deferimento da interceptação – qual seja, a autorização para que o Estado invada a privacidade da pessoa – é remédio (amargo) que deve ser administrado, contra indivíduo e a favor da sociedade, de forma (muito) excepcional.¹⁴⁶

Da mesma forma, o requisito geral do inciso I corresponde ao *fumus boni iuris*. Por esse inciso, quer evitar-se que a interceptação telefônica seja usada como meio de prospecção, pois, segundo GOMES, “não existe interceptação de ‘prospecção’, para se descobrir se uma pessoa estaria ou não em algum possível crime. A interceptação é pós-delitual”.¹⁴⁷ Ademais, cabe a ressalva, desde logo, que a “lei não se contentou com a mera ‘possibilidade’ de autoria ou participação, é dizer, com a mera ‘suspeita’. Não basta que a autoria seja possível; urge que seja provável. Tanto é assim que a lei requer ‘indícios suficientes de autoria e participação’ (art. 2º, inc. I). E para que tais indícios apareçam, normalmente já existe ou uma investigação criminal em curso ou um processo em andamento (art. 3º.)”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ A doutrina coloca este item como enquadrado no conceito de *periculum in mora*, característico das medidas cautelares.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição – cidadania – violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 180.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 178.

Assim, na interpretação desse inciso, deve-se observar dois pontos: 1) a simples manifestação policial, desacompanhada de provas, indícios ou outros dados, os quais possam fundamentar uma decisão judicial, fundamentada no princípio da proporcionalidade, não configura o tipo de indícios requeridos pelo inciso I do artigo 2º, da Lei 9.296/96¹⁴⁹; 2) o crime a ser investigado deve, no mínimo, ser objeto de investigação formal (inquérito policial).

O inciso III do artigo 2º, por sua vez, trata do requisito específico desse meio cautelar de obtenção de prova, correspondente ao que em outros países se chama de catálogo de crimes¹⁵⁰. Nesse caso, mais do que nos outros, mostrou-se deficiente essa Lei, pois, se por um lado exagerou ao admitir a medida em qualquer delito punido com reclusão, por outro restringiu em casos onde poderia ser necessária, como na contravenção do jogo do bicho ou em crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone.

Segundo STRECK, o Constituinte não deu carta branca ao legislador ordinário para que atribuísse a qualquer crime a possibilidade de interceptação telefônica. Pelo contrário, *“não há dúvida em afirmarmos que também o elenco dos delitos sob o manto das interceptações deve estar condizente com os valores Constitucionais”*.¹⁵¹ *“Parece, assim, ser o caso de se fazer uso da interceptação conforme a Constituição, toda vez que for utilizada a via da ‘escuta’ para a investigação de determinados delitos que, à evidência, não estavam na previsão/reserva constitucional que, no sopesamento entre fins e meios, mereceria o sacrifício da violação do direito à intimidade.”*¹⁵²

GOMES, tentando também reduzir o âmbito desse meio de prova, *“(...) a fim de que a medida excepcional não se transmude em ‘alvará de bisbilhotagem’”*¹⁵³, analisa o art. 4º, *caput*, da mesma Lei, apontando como essenciais, para fixar os limites da decisão judicial, e, conseqüentemente, o âmbito da interceptação, que constem também:

¹⁴⁹ GOMES. Op. Cit., p. 180.

¹⁵⁰ V. nota 138.

¹⁵¹ Op. cit., p. 51.

¹⁵² Ibidem, p. 54.

¹⁵³ AVOLIO, Op. Cit., p. 186.

1) os indícios de autoria ou participação e a prova existente sobre a materialidade do delito (art. 2º, inc. I); 2) a *infração, punida com reclusão* (inc III); 3) *descrição do objeto da investigação e indigitação dos investigados, com sua qualificação, salvo impossibilidade manifesta, ‘devidamente justificada’* (art. 2º, parágrafo único); 4) indicação da linha telefônica a ser interceptada e duração da captação.¹⁵⁴

A indicação do sujeito passivo – salvo manifesta impossibilidade, devidamente justificada –, da linha telefônica e a descrição com clareza da situação objeto da investigação são indispensáveis também para se evitar as investigações de prospecção e o aproveitamento ilegal das interceptações telefônicas para o encontro fortuito de provas.

Ressalta-se, ainda, que qualquer extensão do pedido de interceptação telefônica, seja para incluir outras linhas telefônicas, seja para incluir a investigação de outro crime, deve ser objeto de novo pedido judicial de quebra.¹⁵⁵

Seção II – Inadmissibilidade da Quebra do Sigilo das Comunicações Telefônicas do Defensor

1 Conceitos preliminares: conhecimento fortuito e efeito-à-distância

No que tange à proibição da prova, a doutrina tem separado em dois momentos fundamentais: o momento da produção da prova e o momento da valoração. Assim, no caso das interceptações telefônicas, a proibição de produção da prova recai sobre os requisitos de legitimação da prova, *v. g.*, crimes apenados com detenção ou ausência de autorização fundamentada do juiz competente; enquanto que a proibição de valoração recai sobre os meios de prova não proibidos em sua produção, *v. g.*, as gravações clandestinas, (para alguns, por entenderem que se submetem a outro regime), as escutas telefônicas, os conhecimentos fortuitos e os efeitos-à-distância.

Destarte, repetimos que nem sempre a invalidação do primeiro momento tem por consequência necessária a inadmissibilidade do segundo; ou a validação do primeiro ter por consequência a admissibilidade do segundo. Citam-se, a respeito, alguns exemplos elucidativos. O caso de uma confissão obtida mediante tortura, mas

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 211.

¹⁵⁵ Cf. GOMES. Op. Cit., p. 189 e ss.

que seja a única forma de o acusado provar ser inocente, evitando sua condenação à morte. Ou o caso de uma interceptação telefônica legalmente autorizada, fundada na suspeita de que o argüido pertence a uma quadrilha que trafica entorpecentes, vindo a descobrir-se, apenas, que o tal suspeito de tráfico de drogas é adúltero. Assim, no primeiro caso, a doutrina e a jurisprudência brasileira e estrangeira, salvo algumas exceções, têm admitido a sua valoração; já quando ao segundo caso há bastante dispersão de entendimento.

Em sede de momentos da prova, o conhecimento fortuito e o efeito-à-distância trabalham exatamente com os dois momentos da prova.

1.1 Conhecimento fortuito

No conhecimento fortuito, tem-se a prova lícita, produzindo novas informações sobre outros crimes – não sabidos anteriormente, e que não são objeto da investigação que inicialmente viabilizou a produção da prova –, funcionando como elemento probatório contra o próprio interlocutor ou contra terceiro.

Ressalta-se que, na doutrina portuguesa e na alemã, tenta-se uma distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação (*Untersuchungserkenntnisse*). Contudo, ANDRADE faz uma advertência interessante a respeito:

no estado atual das questões, não se afigura viável um critério conceitual suscetível de demarcar e contrapor em termos esgotantes e exclusivos as duas áreas em confronto. Mais prudente será, por isso, acompanhar WOLTER na tentativa de identificar algumas constelações típicas cuja pertinência *aos conhecimentos da investigação* aparece como mais óbvia, continuando a adscrever aos *conhecimentos fortuitos* um alcance preferencialmente residual.¹⁵⁶

A partir dessa consideração, os conhecimentos da investigação devem estar necessariamente ligados, conectados, com o crime que justificou a intrusão, como os crimes de favorecimento real, pessoal ou receptação. Devem, portanto, estar dentro de uma cadeia de acontecimentos históricos da investigação, isto é, os conhecimentos vão

¹⁵⁶ Op. Cit., pp. 305-306.

sendo adquiridos simplesmente porque são objetos da investigação e tem relação com os crimes perquiridos. Nas palavras de GRECO FILHO,

o que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. Não se investiga a classificação do delito, nem se pode exigir que se tenha conhecimento de todos os aspectos que o envolve (aliás, se fossem conhecidos todos eles não precisaria ser realizada a interceptação. Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se à ocultação do cadáver.¹⁵⁷

No caso das associações criminosas, também se considera como conhecimentos da investigação todos aqueles crimes-meio ou alternativos porque os bandos ou quadrilhas são formados. Por exemplo, no caso de associação criminosa para o tráfico de drogas, muitas vezes os elementos não exploram exclusivamente só esse tipo de crime, mas se aproveitam de outros delitos para o fim principal, qual seja, o de traficar entorpecentes. Assim, recorrem ao tráfico de armas, roubos ou furtos de carros, prostituição, etc. Então, com a quebra de sigilo telefônico, ordenado para os integrantes dessa organização criminosa, a qual inicialmente só se sabe que pratica o tráfico de entorpecentes, descobrir-se-ão os outros crimes conexos, que serão encarados como conhecimentos da investigação.

Diferentemente, se acaso somente descobrir-se que um dos suspeitos de ser traficante é adúltero ou bígamo. Nesse caso, não há que se falar em conhecimento da investigação, mas de conhecimentos fortuitos.¹⁵⁸

Não obstante, especificamente, nos casos das associações criminosas, o BGH entende que qualquer informação descoberta na investigação é admitida como conhecimento de investigação, mesmo descartando-se a acusação por crime de associação criminosa.

Entrementes, há autores como ROXIN, que pugnam por uma posição mais restritiva. Esse autor argumenta que a interpretação do BGH,

(...) pode facilmente induzir o expediente fácil da invocação de um crime de associação criminosa, apenas com o propósito de, em contravenção da intencionalidade da lei, estender as escutas telefônicas a crimes a que a medida não poderia, pura e simplesmente, aplicar-se". Tal consideração leva ROXIN a postular, "(...) como pressuposto incontornável da valoração

¹⁵⁷ Op. Cit., pp. 21-22.

¹⁵⁸ "O que não se admite (inclusive o mesmo ocorre no estrangeiro) é a utilização da interceptação em face de ato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência". GRECO FILHO. Op. Cit., p. 22.

dos conhecimentos fortuitos, que o crime de associação criminosa atinja, pelo menos, a fase da acusação. E, numa linha de maior exigência, WOLTER ou WELP a reclamar mesmo a sua submissão a julgamento.¹⁵⁹

Com relação à admissibilidade dos conhecimentos fortuitos, o BGH (Tribunal Federal Alemão) entende que o conhecimento deve ser considerado, desde que tenha conexão com algum crime do catálogo. Para ele, não precisa que haja conexão com o crime investigado, mas que tenha conexão com algum dos crimes do rol taxativo previsto na lei de interceptação telefônica. Porém, o mesmo Tribunal entende que nem sempre se poderá fazer uso desses conhecimentos, pois

o princípio da proporcionalidade decorrente da idéia de Estado de Direito só permite a compressão das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que é absolutamente necessário para a proteção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição. E proíbe, por isso, a valoração do material que vem à rede numa escuta (interceptação) telefônica legalmente realizada, mas que não é significativo (ou deixa de o ser) para o fim de proteção da ordenação democrática e livre a que o regime das escutas (interceptações) telefônicas presta homenagem.¹⁶⁰

Por sua vez, a maioria dos doutrinadores alemães defende como exigência mínima que os crimes descobertos, necessariamente, também pertençam ao catálogo e que, autonomamente, possam ser objeto de autorização de interceptação telefônica (doutrina dos procedimentos hipotéticos de investigação)¹⁶¹.

Já, para GOMES, o conhecimento fortuito pode ser sempre admitido como indício, passível de, em crime permanente, autorizar a prisão em flagrante ou de autorizar abertura de nova investigação, como legítima *notitia criminis*.¹⁶² Mas, para a admissão como meio de prova, entende que só no caso de crimes em conexão (art. 76) e continência (art. 77), previstos no Código de Processo Penal, somados à exigência de os fatos descobertos serem, por si só, passíveis de legitimar a interceptação:

se o fato objeto do 'encontro fortuito' é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive contra o fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita interceptação (art. 2º, inc. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica.

¹⁵⁹ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 311.

¹⁶⁰ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 307.

¹⁶¹ v. p. 47.

¹⁶² Cf. Op. Cit., p. 195.

De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art.77), também é válido tal meio probatório.¹⁶³

AVOLIO, partindo do entendimento de GRECO FILHO, toma uma posição mais restritiva com relação ao conhecimento que destoa do objeto da investigação, pois

(...) não é porque foi encontrado no curso de interceptação lícita que a notícia-crime pode ser reputada igualmente lícita, eis que nada justificaria utilizar-se indiscriminadamente da autorização judicial concedida para a investigação com relação a terceiros e situações diversas. A menos que a notícia-crime servisse para a prisão em flagrante da pessoa que estivesse praticando crime permanente, como o de seqüestro, ou para a medida de caráter urgente, como a desativação de uma bomba ou o impedimento da consecução de um crime grave, o que seria admissível com base no critério da proporcionalidade.¹⁶⁴

A respeito de conhecimento fortuito, a Primeira Turma do STF, por unanimidade, no HC 78.098, negou o pedido apresentado por acusado de tráfico de drogas, considerando válida a prova obtida por meio de escuta telefônica, autorizada pela Justiça, na qual ficou comprovado que o autor do crime era uma outra pessoa, e não o suspeito inicial. Segundo o voto do Relator, Min. Moreira Alves, a prova obtida não é nula porque “não se trata, em rigor, sequer de crime descoberto ocasionalmente, mas da descoberta do verdadeiro autor em decorrência de investigação diretamente dirigida à apuração da ocorrência do delito e de sua autoria”.¹⁶⁵

1.2 Efeito-à-distância

No efeito-à-distância, há, em verdade, uma produção de prova derivada – a qual considerada em si é lícita – do conhecimento possibilitado por um meio de prova anterior ilícito. Destarte, o meio de prova original, disponibiliza fundamentos para produção e obtenção de uma outra prova, chamada de derivada. Ressalta-se que o

¹⁶³ Op. Cit., p. 194.

¹⁶⁴ AVOLIO, Op. cit., p. 179.

¹⁶⁵ STF – HC n.º 78098 – 1º TURMA – Relator Min. Moreira Alves, DJ Data: 06/08/1999. Por sua vez, a Sétima Turma, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, defendeu a admissibilidade do conhecimento fortuito em relação a crimes punidos com detenção, entendendo que “não é nula a interceptação que junto com os crimes de reclusão acaba apurando a existência de crimes apenados com detenção, porque é impossível em escuta interceptada separar as conversas em razão dos fatos serem apenados de forma mais grave ou mais branda.” (TRF 4ª REGIÃO – SÉTIMA TURMA – HC 3320 – Relator Juiz Vladimir Freitas, DJU Data: 19/06/2002).

meio original tem que ser ilícito, seja por uma produção ilícita, seja porque ilícito o conhecimento (fortuito) proveniente de produção de prova lícita.

Então, a problemática do efeito-à-distância coloca-se na apreciação do momento da produção e valoração da prova original; no momento da produção lícita da prova derivada e sua, conseqüente, valoração.

Destarte, a questão fundamental é saber se a primeira prova, ilícita, seja em sua produção, seja em sua valoração (conhecimento fortuito), contamina a prova derivada com sua ilicitude.

A doutrina nacional tem divergido sobre o assunto. Há, porém, um único caso com, talvez, unanimidade de opiniões, tanto da jurisprudência quanto da doutrina, que é a admissão, no processo, da prova ilícita por derivação *pro reo*.

Há autores adeptos da solução extremada, criada pela doutrina americana, dos *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual, todas as provas derivadas de uma prova ilícita são irremediavelmente imprestáveis, venenosas, como aquela que as originou.

No Pretório Excelso, em voto vencedor, o Ministro Sepúlveda Pertence, indicando adesão a essa doutrina, fundamenta:

(...) o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos *fruits of the poisonous tree*; é que as provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas, interceptadas, só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em conseqüência da interceptação ilícita do telefonemas... estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatório do *fruits of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita... De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas 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 (Acompanharam o voto pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação os Ministros Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello).¹⁶⁶

Segundo GRINOVER, “a tese favorável à inadmissibilidade da prova ilícita, ditada pela preocupação de assegurar sempre a legalidade na repressão do crime, foi tradicionalmente justificada no Supremo americano pela consideração de que as sanções previstas para o ilícito do funcionário de polícia são raramente aplicadas, de

¹⁶⁶ HC 69.912-0-RS.

modo que só a ineficácia da prova de acusação, ilegalmente obtida, pode garantir a legalidade da ação da polícia”.¹⁶⁷

Como bem assinala ANDRADE, “a recusa do efeito-à-distância equivaleria a neutralizar a expressividade cultural e jurídica da proscrição dos métodos proibidos de prova”.¹⁶⁸

Todavia, “não é suficiente a visão extremada da situação, pois a aproximação do problema do efeito-à-distância terá, noutros termos, de fazer-se a partir da ponderação, entre outros, de tópicos como a perigosidade do *veneno*, a importância do *fruto* no contexto global da prova e a vinculação normativa do fruto à *árvore envenenada*”.¹⁶⁹

Contudo, há autores como TORNAGHI que, admitindo como indícios¹⁷⁰ as provas ilícitas originárias, consideram lícitas as provas derivadas, desde que colhidas sem violação da lei.

Entretanto, AGUIAR SILVA, “invocando o princípio contido no art. 332 do Código de Processo Civil, o qual condiciona que as provas sejam legais e morais, investe contra a interpretação que reputa aceitáveis apenas como indícios os meios de prova inadmissíveis em juízo, aduzindo que ‘a imoralidade na obtenção da prova, seja de que grau for, a invalida inteiramente’”.¹⁷¹

Existem, também, poucos, como Min. GERRA, que admitem a prova derivada, mesmo quando para sua obtenção o argüido foi submetido à coação ou sevícias. Para ele, deve-se punir o autor do ilícito, mas a prova deve ser considerada válida, desde que confirmado o seu teor pelas outras evidências colhidas na instrução

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 263.

¹⁶⁸ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 315.

¹⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 63.

¹⁷⁰ Explica o processualista que todo meio de prova tem dois aspectos: ato e fato. Destarte, “para produzir efeitos *como ato probatório*, cada meio de prova está sujeito a certos requisitos; sem eles o efeito não ocorre. Assim, por exemplo, para que o depoimento valha como tal, a testemunha deve prometer que dirá a verdade. Se ela depõe sem fazer a promessa, o *ato* testemunhal não existe. Mas uma coisa não pode ser negada: é o *fato* de que essa testemunha disse alguma coisa. E tal fato é um conhecimento (fato natural) que produz efeito (jurídico) de informar o juiz. É uma realidade que não pode ser apagada. Como o meio de prova não pode produzir os efeitos que lhe são próprios, converte-se em indício do qual o juiz pode inferir determinadas conclusões”.(TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. v. 1. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.306-307).

¹⁷¹ AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. Introdução ao Estudo da Prova. **Revista Forense n.º 247**. Rio de Janeiro: Editora Forense, julh/ago/set de 1974, p. 39.

judicial. Justifica seu entendimento, afirmando que não crê que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado.¹⁷²

MIRABETE, partilhando da aceitação das provas ilícitas por derivação, entende que, como não há norma expressa de comunicação de inadmissibilidade ou nulidade da provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional, que veda apenas a prova colhida ilicitamente e não a que dela deriva.¹⁷³

AVOLIO, em fundamentação que nos parece a melhor, admite apenas e tão somente a prova ilícita se usadas *pro reo*, com esteio no princípio da proporcionalidade¹⁷⁴, sendo que jamais se poderia falar em provas ilícitas *pro societate*, quando o que está em jogo são as liberdades individuais:

desse modo a prova que favorece a defesa, ainda que ilícita, pode ser admitida com base no princípio da proporcionalidade, o que encontra ressonância na doutrina e no entendimento dos tribunais. Trata-se da chamada prova ilícita *pro reo*. (...)

.....
Defendemos que o direito à prova pela acusação não é oponível às liberdades individuais (intimidade, sigilo telefônico, exames invasivos, *lie detectors*, tortura, coação psicológica etc). Razão é de ordem jurídica, moral e lógica: ao admitir-se a oponibilidade do direito à prova às liberdades públicas, indiscriminadamente, estar-se-ia criando um perigoso precedente para a liberdade e a dignidade da pessoa humana: não se poderia mais estabelecer qualquer vedação probatória – todas as provas, ainda que ilícitas, seriam utilizáveis em nome do direito à prova, do atingimento da verdade real. E tal não se mostra possível em nosso sistema, pois a Constituição reputa inadmissíveis no processo as provas ilícitas, ou seja, as que atentem contra princípios e garantias constitucionais e violam normas de direito material. Seria a derrocada do Estado de Direito.¹⁷⁵

Trazendo o tema à interceptação telefônica do defensor e ao princípio do *nemo tenetur*, ANDRADE, advoga que a proibição de valoração de declarações obtidas em violação ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* também seria um efeito-à-

¹⁷² GUERRA. João Baptista Cordeiro. Valor probante das confissões extrajudiciais. **Revista Forense** n.º 285. jan/fev/mar de 1984. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 5.

¹⁷³ MIRABETE, Júlio Fabrini. As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário in **Livro de Estudos Jurídicos**. v. 5. Rio de Janeiro. IEJ. 1989, p. 173-174.

¹⁷⁴ Para MORAES, no ordenamento jurídico brasileiro, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite-se “somente o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 128

¹⁷⁵ AVOLIO. Op. Cit., p. 202.

distância¹⁷⁶, pois a valoração de meios de prova tornados possíveis a partir de declarações obtidas à custa de coação ou meios enganosos, equivaleria a compelir o argüido a colaborar ativamente na sua própria condenação.¹⁷⁷

2 A danosidade social da interceptação das comunicações telefônicas do advogado

Segundo ANDRADE, as interceptações telefônicas são meios de prova que possuem uma especial danosidade social, pois ao se autorizar a quebra do sigilo telefônico de um indivíduo suspeito ou acusado de um crime do catálogo, está, por via oblíqua, permitindo-se também a violação da intimidade de todas as demais pessoas que com ele venham a travar conversações, mesmo que inocentes¹⁷⁸:

(...) as escutas telefônicas (interceptações) são, na verdade, portadoras de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral, não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados. Tanto no plano objetivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjetivo (do universo de pessoas atingidas), as escutas telefônicas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável.¹⁷⁹

À plétora dos bens jurídicos ou direitos agredidos, acresce a circunstância de, por via de regra, as escutas telefônicas acabarem por atingir a esfera jurídica de pessoas que estão fora do círculo dos argüidos e suspeitos em relação aos quais foram ordenadas. O que pode abrir a porta à devassa da privacidade de pessoas a que, de um modo ou de outro, a lei outorga o

¹⁷⁶ STF – HC 80949/RJ – PRIMEIRA TURMA – Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ Data: 14/12/2001. EMENTA: “(...) III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. (...)”.

¹⁷⁷ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 315. No mesmo sentido, ROXIN, “a proibição que impende sobre as declarações do argüido terá de estender-se aos meios de prova que elas tornaram possíveis.”

¹⁷⁸ “Numa consideração analítica mais atenta, a escuta e a gravação não consentida de conversações telefônicas acabam sempre por consumir a lesão irreparável do direito à palavra falada”. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 284.

¹⁷⁹ ANDRADE. Op. Cit., p. 283.

direito (ou impõe mesmo o dever) de recusa de depoimento. Pense-se na possibilidade de, por essa via, se frustrar o segredo profissional do defensor, do médico, do ministro de confissão religiosa, pode-se ao mesmo tempo em crise a correspondente relação de confiança com o seu irrecusável relevo institucional.¹⁸⁰

Assim, no plano objetivo, como exemplo dessa danosidade, pode-se colocar a exposição da intimidade de conversas entre quatro paredes, a destruição dos valores da relação de confiança entre parentes, entre argüido e defensor, médico ou padre. Como bem pondera ANDRADE, a interceptação não consentida pode “(...) converter-se numa forma larvada de obtenção de confissões não livres, frustrando-se a garantia do princípio *nemo tenetur se ipsum prodere*”¹⁸¹.

Na verdade, a prática de interceptações telefônicas abundará em situações em que o exercício da autonomia da um tem como reverso a coerção e alienação de outros, inferindo-se, daí, toda a problemática dos conhecimentos fortuitos e dos efeitos-à-distância, colocando, com isso, em insegurança jurídica e social a um sem número de pessoas.

No caso da interceptação das comunicações telefônicas do advogado, dá-se especialmente enfoque aos efeitos-à-distância e aos conhecimentos fortuitos. Assim, é particularmente danoso esse tipo de interceptação, porque ofende não só os envolvidos nas comunicações, mas também toda a comunidade que fica insegura diante da impossibilidade de justiça, com a ausência do confidente necessário.

Porém, por ser nesses casos, justamente, que a interceptação tem maior eficácia, dá-se a impressão de que são imposições de ordem “tático-criminalísticas”, pois, “para uma escuta telefônica ter sucesso, nada mais indicado do que insistir sobre as ligações telefônicas daquelas pessoas a quem, pela maior proximidade familiar ou pela confiança que lhes merece o dever do segredo, mais facilmente os suspeitos farão comunicações atinentes ao seu crime. Precisamente, as pessoas legalmente legitimadas a recusar depoimento como testemunhas.”¹⁸²

¹⁸⁰ Idem. Ibidem., p. 282.

¹⁸¹ ANDRADE. Op. Cit., p. 284.

¹⁸² Idem. Ibidem, p. 285.

3 Da interceptação das comunicações telefônicas do advogado

De acordo com GRINOVER, como não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que autorize expressamente a interceptação telefônica do defensor, seria marcadamente ilícita qualquer utilização desse meio probatório no processo¹⁸³.

Ressalta-se que, no ordenamento jurídico alemão, assim como no brasileiro, não há norma expressa, autorizando a quebra do sigilo telefônico do defensor. Dessa forma, em geral, na Alemanha, entendendo-se pela impossibilidade de tal intrusão, procura-se preencher essa lacuna, aplicando-se analogicamente o direito que o defensor e o cliente têm de livre comunicarem-se, tanto na forma oral quanto na escrita, independentemente, de o último encontrar-se preso.¹⁸⁴

Contudo, o tema não é pacífico, eis que para o caso de o defensor estar sendo acusado, ou, mesmo, se recair sobre ele a suspeita de cometer algum crime sujeito à interceptação, há autores alemães que sustentam, em nome de uma aplicação analógica do regime de buscas e apreensões, a admissibilidade das interceptações telefônicas de conversações entre o argüido e o defensor, desde que este seja ao menos suspeito de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação.¹⁸⁵

Há também autores, como RUDOLPHI¹⁸⁶ e WELP¹⁸⁷, que não admitem a interceptação telefônica do defensor, justamente pela problemática da danosidade

¹⁸³ Cf. GRINOVER. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º17, janeiro-março/1997, p. 124.

¹⁸⁴ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. Cit., p. 289.

¹⁸⁵ Cf. ANDRADE. Op. Cit., p. 297. Não trataremos deste tema devido a toda polêmica que gira em torno desse assunto. Ademias, entendermos não ser adequado, dentro dos limites deste trabalho, versar sobre assunto tão polêmico.

¹⁸⁶ De acordo com ANDRADE, citando esse autor, “a tutela desta relação de confidencialidade não está apenas ao serviço dos interesses pessoais de cada defensor, mas também de todos os defensores, em geral, visando assegurar no futuro, em nome de prevacentes razões próprias o Estado de Direito, uma prestação adequada da sua função processual. É isto que explica que não seja cometida ao defensor, individualmente considerado, a decisão sobre se e em que medida ele há-de ou não respeitar o seu dever de segredo”. (Op. cit., p. 296).

¹⁸⁷ Segundo ANDRADE, traduzindo o pensamento de WELP, “no plano sistemático fazem-se sobretudo valer as normas de direito substantivo e adjetivo ditadas pelo propósito de assegurar uma tutela consistente da esfera de segredo da defesa que é reclamada, desde logo e como WELP pertinentemente assinala, pela funcionalidade da defesa, que não pode assegurar-se sem a forte confidencialidade da troca de informações entre o argüido e o seu defensor. A preservação do segredo corresponde ainda a uma exigência de proteção da privacidade do defensor, dos seus demais clientes e, por vias disso, da própria liberdade de exercício da profissão”. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., pp. 295 e 296.

social qualificada (pelo conhecimento fortuito e pelo efeito-à-distância), que tal medida pode causar ao interesse sistêmico-social e à própria funcionalidade da defesa. Assim, diante do impasse que se cria com esse tipo de investigação, propõem como solução a proibição de produção ou de valoração desse meio de prova, a menos que haja, anteriormente, a exclusão da defesa prevista no § 138a) da StPO. Assim, só na medida da admissibilidade deste expediente, e depois da sua atualização, é que será possível ordenar a escuta do telefone de defensor suspeito de autoria ou cumplicidade por crime sujeito à interceptação telefônica.¹⁸⁸

No entanto, esse posicionamento também é criticado. Argumenta-se que, se na pessoa do defensor concorre, também, a qualidade de participante de crime, então é essa a sua qualidade que aparece em primeiro plano. Destarte, a relação de defesa perde o seu peso, tendo, por isso, de ser autorizada a escuta telefônica, sem a necessidade de antes se decretar a perda ou exclusão do mandato, prevista pelo § 138a), do estatuto processual alemão. De outra forma, segundo esse posicionamento, tendo de se proceder antes contra o defensor, deixaria de ser pura e simplesmente possível uma investigação efetiva, pois, via de regra, a escuta telefônica só teria sentido contra pessoa não prevenida.¹⁸⁹

No ordenamento jurídico português, há, no seu código de processo penal, uma norma que estipula a possibilidade dessa intromissão (art. 187, 3¹⁹⁰), mas ficando sempre a critério do juiz decidir se existem razões suficientes que a autorizem. Ainda assim, ANDRADE não a admite pura e simplesmente dessa maneira. Para ele, como não há o instituto da *exclusão da defesa*, como há na Alemanha, “será a nível de instâncias como a proibição de produção ou de valoração da prova que se há-de lograr-se o necessário *splitting da prova*”.¹⁹¹

Visto isso, salienta-se que na advocacia, como em qualquer outra profissão, há profissionais sérios, esmerados, que a engrandecem, como existem também criminosos que se aproveitam das prerrogativas da função para cometerem delitos.

¹⁸⁸ ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 299.

¹⁸⁹ Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 298.

¹⁹⁰ Dispõe o artigo 187, 3, do Estatuto Processual Penal português que: “é proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o Juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime”.

¹⁹¹ ANDRADE. Op. Cit., p. 300.

Portanto, há que se distinguir o advogado, atuando na defesa de seu cliente, no estrito cumprimento de seus deveres profissionais, não sendo suspeito de crimes, do criminoso que tem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁹²

Quanto àquele advogado, atuando, dentro da legalidade, na defesa de seus clientes, não há que se falar em interceptação de suas conversações telefônicas. Não há como se utilizar uma conversação entre ele e seu cliente (a qual se esperava ser sigilosa) como prova em processo penal, mesmo que tal diálogo seja captado por interceptação realizada no telefone do patrocinado¹⁹³. Isso porque o Estado não pode se aproveitar da relação de confiança entre cliente e defensor para punir aquele. Seria um absurdo lógico dizer que o defensor tem o direito de conversar a sós com seu cliente e, ao mesmo tempo, alegar, fundamentadamente, através de um juiz, que tal conversação pode ser gravada e usada contra eles em juízo. O ordenamento jurídico não tolera tais artifícios enganosos.

DELMANTO e DELMANTO JÚNIOR esclarecem que a

interceptação telefônica ‘durante a instrução judicial’ colide com as garantias constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do direito à lealdade processual (*fair play*), abrangido pela garantia do devido processo legal (art. 5º, LVI), e da própria inviolabilidade do exercício da advocacia (art. 133), esta última no caso de interceptação telefônica entre acusado e seu defensor.¹⁹⁴

Assim, com a quebra do sigilo telefônico do defensor, entram em testilha questões mais profundas do que o direito ao sigilo ou à intimidade; carregam-se questões referentes ao devido processo legal, à ampla defesa, à própria superioridade moral, ética, do Estado, em que o aplicador da pena tem que demonstrar, a todo tempo, que o crime, a violência, de qualquer tipo, não compensa; e se assim não for, estar-se-ia numa situação teratológica, num mundo de faz de conta, em que a justiça está entregue nas mãos de delinquentes e iníquos.

Em verdade,

¹⁹² Não trataremos aqui da polêmica questão da possibilidade de quebra do sigilo telefônico do defensor, quando este é acusado juntamente com seu cliente da prática de crimes passíveis de sofrer interceptação telefônica, pois entendemos que foge aos limites deste trabalho de graduação.

¹⁹³ Ver: TRF 4º REGIÃO – HC 3220 – SÉTIMA TURMA – Min. Relator Juiz Valdimir Freitas, DJU Data: 19/06/2002.

¹⁹⁴ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. **Boletim do IBCCrim n.º 47**, outubro de 1996, p. 2.

(...) com a utilização dos meios de prova obtidos ilicitamente, o Estado ver-se-ia inescapavelmente desautorizado na tarefa eminentemente ética que, através da perseguição de crimes, lhe cabe cumprir. O que frustraria o apelo ético ao sentimento de responsabilidade do agente. A quem, na medida em que a acção da justiça criminal carece de legitimação segundo critérios éticos, a pena deixa de aparecer como meio de purificação e expiação. Sobre um ilícito acaba por se edificar um outro.¹⁹⁵

Portanto, deve ser considerado inexistente todo meio de prova baseado em conversações telefônicas entre argüido e defensor.

As comunicações entre clientes e advogados, quando estes atuarem estritamente dentro da lei, na defesa daqueles, são invioláveis. A advocacia exercida assim deve ser defendida por todos, nunca vilipendiada ou aviltada, pois sem liberdade não pode atuar o advogado; sem advogado não há Justiça.¹⁹⁶

Ressalta-se que são absolutamente vedados os conhecimentos fortuitos e provas derivadas de qualquer conversação interceptada entre cliente e advogado, devendo tais diálogos serem considerados provas ilícitas, imprestáveis, inadmissíveis no processo (art. 5º, LVI, CF).

Quanto ao advogado criminoso, partilhamos do entendimento do Dr. Elias Farah¹⁹⁷, no sentido de que a inviolabilidade das comunicações telefônicas, prevista no artigo 7º, II, da Lei 8.906/94, não se aplica ao advogado, quando “estiver sob julgamento ou investigação questão envolvente exclusivamente da pessoa do advogado e pertinente a fato ou procedimento ilícito em que ele esteja envolvido. Resguardar-se-á sempre, por isso, o sigilo relativo aos interesses de seu constituinte.”

Assim, o fato de ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil não concede, pura e simplesmente, imunidade a qualquer um.¹⁹⁸ O direito que tem o advogado ao sigilo das comunicações, inclusive telefônicas e afins, só é atribuído ao membro da OAB, quando do exercício regular (lícito) da profissão. Destarte, um criminoso não pode se esconder sob a máscara de advogado, pleiteando prerrogativas concedidas apenas ao nobre desempenho da função de defensor, para buscar sua impunidade.

¹⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 43.

¹⁹⁶ ALKMIN, Ivan. **O advogado e sua identidade profissional em risco**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

¹⁹⁷ V. jurisprudência transcrita na p. 19.

¹⁹⁸ V. TRIBUNAL DE ÉTICA DA OAB DE SÃO PAULO – Proc. E – 1.339 – v. m. Rel. Dr. Milton Basaglia).

CONCLUSÃO

Primeiramente, deve-se ficar claro que o Estado de Direito não deve se servir de meios enganosos para alcançar uma confissão ou qualquer outro meio de prova. O princípio do *in dubio pro reo* não deve ser interpretado no sentido de que o Estado deva, a todo custo e sem limites, alcançar a verdade. Ao contrário, tem o Estado que respeitar todos os direitos do indivíduo, enquanto não há uma sentença condenatória. Uma decisão que fira qualquer direito ou garantia do indivíduo, faz mais mal do que bem a sociedade, pois o juiz não é colocado “(...) na alternativa de condenar alguém para absolver o acusado ou condenar o acusado para salvar os direitos de outros; aqui, não se levam em conta os direitos civis de quem se diz ofendido, pois tais interesses são acessórios no juízo penal e ele poderia ainda fazê-los valer em sede civil, quando se lhe feche o caminho no mesmo juízo penal”.¹⁹⁹

Como bem explica MAIA NETO: “um direito individual não pode ficar ao arbítrio de vontades públicas ou coletivas. A devassa da vida privada ou a quebra da intimidade fere princípios éticos que ocasionam rupturas nos direitos da cidadania.”²⁰⁰

Da mesma forma, ANDRADE, citando OTTO, diz que

“(...) o aproveitamento de um meio de prova, obtido à custa da dignidade humana do argüido, para a sua condenação contraria a idéia de direito a cuja realização o processo penal está preordenado. Quem, em ordem à realização da idéia de direito, tira vantagem de sua violação, perde credibilidade e sacrifica, por via disso, a eficácia na sua tentativa de emprestar vida e força real à idéia de direito”.²⁰¹

1. Por tais razões, aderimos à posição daqueles que entendem pela impossibilidade de se utilizar, como meio de prova, a interceptação das conversações telefônicas entre defensor e cliente, por entendermos que os direitos e garantias são do

¹⁹⁹ MALATESTA. Op. Cit., p. 109.

²⁰⁰ Op. Cit., p. 32.

²⁰¹ ANDRADE. Op. Cit., p. 330. “Ao punir um delinquente, 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 sua imposição assenta na violação do direito. O que equivale a concluir pela exclusão dos meios de prova logrados pelo Estado à custa da sua própria infração à lei. (...) Enquanto Estado de Direito, ele só tem de aparecer perante o delinquente como um poder dotado de superioridade ética e não apenas como uma máquina de coerção (*Gewaltmaschinerie*) apostada em dominá-lo, numa luta à margem de todas as regras”. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 74.

argüido, e não concessões do Estado²⁰². Logo, não cabe ao Estado decidir sobre o momento e a situação (tipo de crime) em que o sigilo profissional e o telefônico devam ser respeitados.

Destarte, de forma alguma, poder-se-á condenar um cliente com base numa conversa sigilosa com seu defensor, sob pena da destruição, irreparável, de todo o arcabouço jurídico protetor dos cidadãos.

Segundo a Constituição Federal, o advogado é “indispensável à administração da justiça” (art. 133, CF). Assim, o defensor que exerce sua profissão no estrito dever legal não pode ser sujeito da medida intrusiva de quebra de sigilo telefônico. Isso porque o ordenamento jurídico não admite um defensor com meias prerrogativas funcionais. Ademais, não haveria justiça em retirar as armas do defensor e o colocar para lutar, sozinho, contra todo o aparato estatal.

Outrossim, não seria justo o Estado exigir que o advogado guarde segredo sobre informações que possam comprometer a defesa de seu patrocinado, fazendo-o acreditar que suas comunicações são invioláveis, e, ao mesmo tempo, valer-se delas para acusar ou condenar.²⁰³

Assim, se tal intromissão ocorrer, esse ato será passível de indenização por danos morais e materiais, além de mandado de segurança²⁰⁴.

2. Entendemos que é possível, desde que em decisão fundamentada por juiz competente, a quebra do sigilo telefônico do advogado, quando estiver sob julgamento ou investigação questão envolvente exclusivamente da pessoa do advogado e pertinente a fato ou procedimento ilícito em que ele esteja envolvido.

²⁰² MAIA NETO. Op. Cit., p. 36.

²⁰³ GOMES. Op. Cit., p. 191. “Resumidamente, também o Tribunal Federal apela para uma interpretação decididamente restritiva do § 100a) da StPO. De outra forma, a disposição entraria em contradição insolúvel com a garantia jurídica da livre comunicação oral entre o defensor e o argüido”. ANDRADE, Op. Cit., p. 297.

²⁰⁴ Segundo MAIA NETO, “a ocorrência de arbitrariedade e erro judiciário obrigam o Estado a indenizar moral e/ou pecuniariamente o cidadão, em fulcro ao contido no art. 5º, X, XII, XXV, e LXXV, da CF. Sendo passível de MS, nos termos do art. 5º, LXIX, CF, c/c L. 1.533/51, 4166/62 e 4.348/64, em proteção de direito líquido e certo (garantia fundamental-cláusula pétrea e sua auto-aplicabilidade) ante abuso de autoridade do Poder Público (executivo-legislativo ou judiciário) em face de lesão ao ameaça de inobservância de direito (cláusula pétrea) constitucional fundamental”. Op. Cit., p. 36.

Ressalta-se que, mesmo quanto a esse advogado, o sigilo das conversações ou comunicações entre ele e seu cliente é inviolável, vedando-se a possibilidade de utilização de provas derivadas dessa interceptação (cliente-advogado).

3. A Lei 9.296/96 estabelece as hipóteses de cabimento da interceptação telefônica, mas não ressalva a situação do advogado que tem por comparsa do crime um cliente.

Por sua vez, a Lei 8.906/94 estabelece, sem exceção, o direito do advogado, desde que haja patrocínio da causa, à inviolabilidade de seu sigilo telefônico. Ademais, não há vedação legal ao advogado de patrocinar uma causa em que ele seja acusado juntamente com seu cliente, salvo se as teses de defesa forem colidentes.

De lege ferenda, como não pode o intérprete restringir, sem amparo na lei, a inviolabilidade das comunicações ou conversações entre advogado e cliente, deveria a lei brasileira seguir um critério semelhante ao do artigo 187, 3, do Código de Processo Penal português e a OAB estabelecer uma vedação ao patrocínio do co-réu, evitando, desse modo, a quebra da relação de confiança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. Introdução ao Estudo da Prova. **Revista Forense n.º 247**. Rio de Janeiro: Editora Forense, julh/ago/set de 1974.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALKMIM, Ivan. **O advogado e sua identidade profissional em risco**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: teoria da prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Ed. RT, 1970.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. **Boletim do IBCCrim n.º 47**, outubro de 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra Editora: Coimbra, 1981.

Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Encyclopaedia Britannica do Brasil. Vol. II. 12. ed. 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2000.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**. n. 66. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril/junho, 1980.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Comentário à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINE, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica** (considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996). São Paulo Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º17, janeiro-março/1997.

_____. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Julho/Setembro, 1992.

GUERRA. João Baptista Cordeiro. Valor probante das confissões extrajudiciais. **Revista Forense n.º 285**. Rio de Janeiro: Editora Forense, jan/fev/mar de 1984.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VI, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

MAIA NETO. Cândido Furtado. Quebra do sigilo telefônico, bancário ou fiscal: violação dos direitos humanos e das cláusulas pétreas constitucionais individuais da cidadania. Ofensa ao Estado democrático e ao garantismo jurídico-penal, **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n.º 16, Out-Nov/2002.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**; tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

MIRABETE. Júlio Fabrini. As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário **in Livro de Estudos Jurídicos**. v. 5. Rio de Janeiro. IEJ. 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NEVES, Antônio Castanheira. **Sumários de processo criminal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo VII. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1974.

_____. **Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969**. Tomo V. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1973, t. IV, p. 344.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição – cidadania – violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. v. 1 e 2. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.