



**FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO
EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**PROVAS ILÍCITAS:
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CONSTITUCIONALIDADE
DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI 9296/96.**

Heloisa Cremonesi

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS "ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**PROVAS ILÍCITAS:
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CONSTITUCIONALIDADE
DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI 9296/96.**

Heloisa Cremonesi

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel
em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos
Santos.

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

**PROVAS ILÍCITAS:
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CONSTITUCIONALIDADE
DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI 9296/96.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Cláudio José Palma Sanchez
Examinador

Maria Inês Mombergue
Examinador

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2002.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela presença constante em minha vida, guiando os meus passos e confortando-me nas dificuldades e inseguranças.

Aos meus pais, João Altino e Rosa, pelo esforço incansável em ver meu trabalho concluído, com a grande certeza de um bom resultado.

Às minhas irmãs, Cláudia e Denise, pela amizade e compreensão.

Em especial ao, Dr. Jurandir, que não exitou em aceitar o meu convite para ser meu orientador, sempre me dando votos de incentivo e dedicação com a paciência que lhe é peculiar.

Ao Dr. Cláudio e a Dra. Maria Inês por terem prontamente aceitado o convite para compor a minha banca examinadora.

À todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a realização e conclusão deste trabalho, como também em todo o meu processo de formação profissional

Heloísa Cremonezi

"Somente os fortes alcançam a vitória, porque os fracos logo se deixam vencer pelo desânimo... Somente os fortes conquistam os altos cumes, porque sabem escalar a montanha passo a passo e lentamente vencer os percalços... Toda a subida exige esforços, perseverança e coragem. Aqueles que temem os desafios ou que já antecipam o fracasso são vencidos pelo descrédito em si mesmos e serão, na certa, derrotados... Pois, antes de tudo, é a força interior que nos faz capazes de vencer."

(Francisca de Fátima Macedo Mendonça)

RESUMO

Neste trabalho, a autora discute a questão das provas ilícitas dentro do processo penal, enfatizando as interceptações telefônicas como meio de prova, e mais precisamente sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 que regulamentou o inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal.

O tema da pesquisa está inserido no campo processual penal, tendo sido feito uso de documentação direta e indireta de fontes secundárias. Foram empregados os métodos de abordagem dedutivo e indutivo, sendo que a pesquisa busca descrever a grande relevância do estudo das provas ilícitas frente à Constituição Federal de 1988, para não haja afronta aos princípios nela dispostos.

Foi dado grande destaque para a questão da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 – que autoriza a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática – pois o referido dispositivo sofre críticas da Doutrina e da Jurisprudência, em análise de seu confronto com a Carta Magna.

A análise do tema, procura abranger as correntes de pensamento, seja as que proclamam pela constitucionalidade, descrevendo seus fundamentos, como as que optam pela inconstitucionalidade daquele dispositivo legal.

O trabalho faz, ainda, um levantamento sobre a problemática da prova ilícita se prender a questão das liberdades públicas, que estão atreladas aos direitos e garantias fundamentais, demonstrando aos operadores do Direito que, dentro do ordenamento jurídico penal, para se punir a prática criminosa não há a necessidade de se lançar mão de provas obtidas por meios ilícitos, pois o ato caracterizaria infringência ao princípio constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Provas Ilícitas; Interceptação Telefônica; Lei nº 9.296/96, Art. 1º e parágrafo único.

ABSTRACT

On this paper the author discusses the matter of the illicit evidences inside the penal process, emphasizing the telephone interception as a way of prove, and more specified about the constitutionality of the article 1st only paragraph, of the Law number 9.296/96, that regulated the article 5th X incisive, of the Federal Constitution.

The research theme is inserted on the penal process are, and it was used direct and indirect documentation of second resources. It was applied the induce and deductive boarding methods, once the research aims at describing the big relevance of studying illicit evidences front to the 1988 Federal Constitution, so that there are o outrages to its principles.

It was given a big eminence to the constitutionality matter of the article 1st only paragraph of the Law number 9.296/96 – that authorizes the interception of communication fluxes of informatic and telematic systems – because the mentioned device suffers critics from the Doctrinators and from the Jurisprudence, in analysis with its confrontation with the Magna Carta.

The theme analysis looks to encircle the thoughts strings, either the ones that proclaim the constitutionality, describing its principles, or the ones that claim for the unconstitutionality of that legal device.

The paper still raises the problem of the illicit evidence if tied to the public freedom matter, that is bonded to fundamental rights and guarantees, showing to the Law operators that, inside the juridical penal order, to punish the criminal practice there is no need to give up on illicit evidences, for the act means infraction to the constitutional principle.

KEYWORDS: Illicit evidences; Telephone interception; Law number 9.296/96, 1st article and only paragraph.

SUMÁRIO

1. Introdução	9
2. Considerações Preliminares sobre Provas	10
3. Princípios Constitucionais da prova	12
3.1 Princípio da Auto-Responsabilidade das provas	12
3.2 Princípio da Audiência Contraditória	12
3.3 Princípio da Aquisição ou Comunhão da prova	13
3.4 Princípio da Oralidade	13
3.5 Princípio da Concentração	13
3.6 Princípio da Publicidade	13
3.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado	14
4. Provas Proibidas.....	15
4.1 Provas Ilícitas.....	15
4.1.1 Conceito e Terminologia.....	15
4.1.2 Admissibilidade das Provas Ilícitas: As Diversas Correntes de Pensamento	18
4.1.2.1 Pela Admissibilidade das Provas Ilícitas	18
4.1.2.2 Pela Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	19
4.1.2.3 Teoria Intermediária.....	20
4.1.3. O Princípio Constitucional da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos frente a Constituição Federal de 1988.....	21
4.1.4. Teoria da Proporcionalidade	23
4.1.4.1 Conceito e Evolução	23
4.1.4.2 Teoria da Proporcionalidade e Prova Ilícita "pro reo"	24
4.2 Provas Ilegítimas.....	25
4.3 Prova por Derivação	26
4.3.1 A teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou Frutos Podres (<i>fruits of the poisonous tree or tainted fruitis</i>).....	27
5. Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9296/96).....	31
5.1 Introdução	31
5.2 O Regime Jurídico das Interceptações Telefônicas antes da Constituição Federal de 1988.....	34
5.3 O Regime Jurídico das Interceptações Telefônicas depois da Constituição Federal de 1988.....	35
5.4 Posição dos Tribunais antes do advento da Lei 9296/96.....	38
5.5 Questões Fundamentais da Lei 9296/96	39
5.5.1 Considerações Gerais sobre o artigo 1º	40
5.2 Natureza Jurídica da Interceptação Telefônica.....	41
5.3 Finalidade da Interceptação: obtenção de prova.....	42

5.5.3.1 Finalidade da Interceptação: prova em instrução processual penal	43
5.5.4 A questão da "prova emprestada"	45
5.5 Príncipeio da Legalidade e (i)licitude da prova.....	46
5.5.5.1 Príncipeio da Legalidade como regra de garantia da presunção de inocência	48
5.5.6 Ordem do Juiz Competente.....	51
5.5.7 Juiz da Ação Principal	52
5.5.8 Interceptação sob segredo de Justiça	53
5.6 Pressupostos da Interceptação: " <i>fumus boni iuris e periculum in mora</i> "	55
5.7 Procedimento da Interceptação	56
6. Disposições sobre o parágrafo único do artigo 1º.....	58
6.1 A questão da constitucionalidade do parágrafo único	62
7. Os Crimes do Artigo 10	71
8. Anteprojeto do Código de Processo Penal sobre "Provas"	73
8.1 Exposição de Motivos.....	74
8.2 Comissão de Reforma do Código de Processo Penal	75
8.3 Comentários sobre o art.157, § 3º do Anteprojeto.....	76
9. Conclusão.....	78
10.Referências Bibliográficas	79

1. INTRODUÇÃO

O tema, provas ilícitas, tem sua base sedimentada na Constituição Federal de 1988, porém tal matéria é também discutida no âmbito do processo penal, sendo analisado o seu valor probante quando juntada a um processo ou instrução processual.

No tocante às provas, o estudo das provas ilícitas tem grande relevância no Direito Processual Penal, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu artigo 5º, inciso LVI, "*a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos*". Tal preceito constitucional, prevê a proibição, em qualquer processo, seja ele judicial, administrativo, da juntada de provas cuja coleta, obtenção, tenha como origem um meio ilícito.

A problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, mas, também, de Direito Penal, Civil, Administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infra-constitucional outros direitos ou cominações que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade ao domicílio, sigilo da correspondência, e outros.

No presente trabalho, a autora procurou abordar além das provas ilícitas, também as disposições atinentes às Interceptações Telefônicas, previstas na Lei 9296/96, dando maior ênfase à discussão doutrinária quanto à constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da referida Lei.

O objetivo do trabalho era demonstrar aos operadores do Direito que, dentro do ordenamento jurídico penal, para se punir a prática criminosa não há a necessidade de se juntar nos autos provas obtidas por meios ilícitos e que a previsão legal do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96 é constitucional, embora tenhamos encontrado posições em sentido contrário.

A pesquisa consistiu no estudo da legislação ordinária e constitucional, doutrina e jurisprudência, cujos recursos utilizados para a coleta de dados foram, exclusivamente, bibliográficos, sendo empregado os métodos dedutivos e indutivos.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE PROVAS

O termo prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto, etc., dando origem ao verbo probare (probo, as, are). É usada em sentidos diversos: num sentido comum ou vulgar, significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa; como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade.

A prova pode ser entendida como todo o meio usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade. Constitui-se num conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar sua convicção, para o real e justo julgamento da causa. Na verdade, serve para apurar os fatos, objetivando-se, sobretudo, demonstrar ao magistrado a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas.

Segundo Miguel Fenech "provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo"¹.

Quanto a expressão ônus, esta tem origem latina (ônus), significando fardo, carga, peso, imposição etc. Daí por que ônus da prova (ônus probandi) representa a necessidade de provar para ver reconhecida judicialmente a pretensão manifestada. Registre-se, que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, como a própria nomenclatura indica, sendo a dessemelhança apresentada com maestria por Friedrich Lent:

A diferença essencial entre ônus e obrigação está, pois, no meu entender, na circunstância de que o adimplemento do ônus é deixado livremente à vontade da parte onerada ao contrário do que ocorre com a obrigação, qualquer que seja a reação provocada pelo seu inadimplemento. Pertence, pois, à essência da obrigação a necessidade de ser cumprida. Uma obrigação, cujo adimplemento fique ao arbítrio do obrigado, constitui uma contradição *in se ipsa*. Disto resulta

¹ FENECH, Miguel *apud* ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.4.

que, enquanto o não cumprimento do ônus não se apresenta como ato contra o direito, visto que o comportamento da parte é deixado à sua escolha, o inadimplemento de uma obrigação é fato em contradição com a ordem jurídica e importa em consequências adequadas.²

Assim, a prova é, indubitavelmente, um ônus processual por que coloca as partes diante de uma alternatividade, classificada como aquisição, já que diz respeito aos atos instrutórios do processo.

No processo as partes não têm o dever, a obrigação de produzir as provas, mas sim de realizá-las, visto que as produzem, sempre, em seu próprio benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar o seu convencimento. É uma atividade da parte em proveito próprio, uma condição para a vitória, um meio para obter a pretensão posta em juízo, jamais um dever jurídico.

No que tange as classificações, quanto ao objeto, deve-se provar, ou seja, demonstrar o fato cuja existência deseja-se ver reconhecida, visando dar ao juiz elementos e conhecimentos necessários para resolver o litígio. Surge a conclusão no sentido de que a prova tem exclusivamente por objeto um fato, mesmo porque, por força de definição, constitui o meio usado para afirmar a verdade dos fatos alegados.

Ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo penal em razão de prevalecer o interesse social, deve-se provar todos os fatos, excluindo-se do objeto da prova apenas os chamados fatos incontrovertidos, aquele admitido pelas partes; os fatos axiomáticos, evidentes por si mesmo; os fatos notórios, aqueles cujo conhecimento integra a cultura normal, a informação dos indivíduos de determinado meio e os fatos presumidos, visto que estava de frente a uma presunção legal.

No tocante aos sujeitos da prova, podem ser reais, aquelas que emanam de uma coisa ou bem exterior, sendo distintas ao indivíduo; ou pessoais as que exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a alguém.

Finalmente, quanto à forma, as provas podem ser testemunhal, se exteriorizam com o pensamento humano; documental ou material.

² LENT, Friedrich *apud* ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Op. Cit., p.7.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROVA

Segundo doutrinadores processualistas é tormentoso estabelecer critérios no que diz respeito aos princípios gerais que regem a prova no processo criminal, visto que há grande divergência entre os doutos.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, sete são os princípios que regem a prova no processo penal:³

3.1 Princípio da Auto-Responsabilidade das partes

É o problema do ônus da prova, ou seja, cada parte assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar.

3.2 Princípio da Audiência Contraditória

No âmbito penal prevalece o princípio da audiência bilateral pelo qual toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tenha ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos⁴.

³ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 30/32

⁴ Pena de nulidade o processo crime há de ser discutido sob o aspecto do contraditório, assegurando-se às partes o direito de manifestação sobre qualquer documento juntado aos autos (JTACrim, 59:190).

Prova. Princípio do contraditório. Toda prova criminal deve ser produzida com a interferência e a possibilidade de oposição pela parte a que possa prejudicar, pois o princípio do contraditório é de aplicação imperativa, abrangendo, inclusive, aquela de iniciativa do juiz. (Ap. 127.930, TACrim).

3.3 Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova

No campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da Justiça.

3.4 Princípio da Oralidade

Por força de tal princípio haverá sempre predominância da palavra falada. Os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares. No Júri e no processo sumário os debates são orais.

Há predominância da palavra falada, imediatividade do juiz com as partes e as provas e concentração de causa no tempo. Tirante a perícia e a prova testemunhal todas as outras são realizadas quando da audiência de instrução no processo ordinário e instrução e julgamento no processo sumário.

3.5 Princípio da Concentração

Como corolário da oralidade busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência.

A oralidade tem como um dos elementos caracterizadores a concentração na audiência, visando uma maior rapidez na colheita e produção das provas.

3.5 Princípio da Publicidade

Os atos judiciais, conseqüentemente a produção de prova, são públicos, somente admitindo-se o segredo de justiça como exceção restrita (art.93, IX, CF; 972, CPP).

3.6 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Tal princípio consiste no fato de que basta, no momento da alegação, fazer menção de que as provas não são prévia e legalmente valoradas, dando-se ao julgador liberdade em sua apreciação, apenas limitado aos fatos e circunstâncias dos próprios autos.

Inexiste uma hierarquia de provas. Na sentença devem elas ser sopesadas e avaliadas em todos os sentidos e sob todos os aspectos.

4. PROVAS PROIBIDAS

4.1 Provas Ilícitas

4.1.1 Conceito e Terminologia

Insta ressaltar, a princípio, que não há unanimidade a respeito, divergindo os autores sobre a exata terminologia aplicável ao instituto ora estudado. A doutrina se utiliza de uma nomenclatura heterogênea, que muitas vezes enseja confusão. Nas diversas obras editadas sobre o tema, encontramos expressões como "prova proibida", "prova ilegal ou ilegalmente obtida", "prova ilícita ou ilicitamente obtida", "prova ilegitimamente admitida" e, ainda, "proibições probatórias".

Adotaremos, ao ensejo, a terminologia empregada pela Constituição Federal de 1988, que, aliás, foi haurida da melhor doutrina, que é a do Professor Pietro Nuvolone, da Universidade de Milão, em seu magistral estudo, as provas ilícitas são colocadas como espécies das "provas vedadas ou ilegais", que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas.⁵

Destarte, com respaldo na terminologia de Nuvolone, adotada expressamente por Ada Pellegrini Grinover e Luiz Francisco Torquato Avolio, entre outros, pode-se asseverar que a prova é vedada, sempre, quer em sentido absoluto, quer em sentido relativo, quando for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo. Noutros termos, a vedação pode advir de lei processual, ou norma material (constitucional ou penal), pode, ainda, ser expressa ou implicitamente ser deduzida dos princípios gerais do ordenamento jurídico.

Quanto a um conceito de prova ilícita, não podemos olvidar o de Ada Pellegrini que com sabedoria ímpar definiu como prova ilícita, em sentido estrito, como aquela fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis,

⁵ NUVOLONE, Pietro apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, Intercaptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995, p.38.

frequentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.⁶

No tocante às provas admissíveis, as legislações penais conhecidas adotaram dois sistemas: o das provas taxativas, como a portuguesa, a chilena, etc.; e o das provas enunciativas como ocorre por tradição na legislação brasileira. Por este último sistema a lei processual indica as mais conhecidas (provas legais) não vedando a produção de outras possíveis (provas inominadas).

No dizer de Moacir Amaral Santos, a prova no sentido subjetivo "é a própria convicção da verdade sobre os fatos alegados e, no sentido objetivo, o meio-pessoa, coisa, documento, por que a verdade chega ao espírito de quem a aprecia; são os meios de demonstração de verdade dos fatos sobre os quais versa a ação."⁷

Em matéria processual penal, o sistema chamado "das provas legais" resultou em um grande avanço, eis que possibilitou ao indivíduo o conhecimento antecipado dos meios probatórios, estabelecendo limites aos poderes de investigação criminal por parte do Estado, garantindo assim proteção ao indivíduo.

Desta forma, Luiz Vicente Cernicchiaro ressalta que⁸

a finalidade do processo penal, que se desenvolve dialeticamente, é apurar a verdade. Acrescente-se, verdade real. Não se contenta, não se tolera a verdade formal. O processo penal, visa a realizar valor. Em sentido assim, e intransigente com presunção de fato, hierarquia de meios de prova, limitações de prova. Além disso, incompatível com a defesa formal, que não traduza atenção ou o mínimo de eficiência, a ponto de prejudicar a apuração do fato.

O problema da prova ilícita tem particular e destacada importância no sistema de provas exemplificativas, principalmente quando as nulidades processuais são taxativas.

Sob o prisma do direito positivo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, estabeleceu e erigiu como preceito constitucional que "são inadmissíveis, no

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Provas Ilícitas na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.48.

⁷ SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonand, p.17.

⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Livro de Estudos Jurídicos*. Vol. V, p.209.

processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Logo, por força de preceito constitucional, são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial, administrativo, todas as provas cuja obtenção tenha como origem um meio ilícito.

O termo "ilícito", usado pelo constituinte de 1988, tem sua origem etimológica no latim *illicitus* (il+licitus), tendo dois sentidos: um, restrito, significando o que é proibido ou vedado por lei, e outro, amplo e genérico, indicando o que é contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito.

Segundo o doutrinador Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha⁹

o constituinte usou a expressão "ilícito" em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade e os princípios gerais do direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização, são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

Importante salientar que, desde que a obtenção da prova atente contra a lei, ofenda aos costumes, colida com a moral ou com um princípio de direito, temos uma prova proibida, cujo entranhamento nos autos não é admissível e, se o foi, deve ser retirada. Não se fala no valor probatório, visto que este inexistente, mas na total impossibilidade de ser apresentada no processo, quer judicial, administrativo, assim como no inquérito policial.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a prova ilícita não era reconhecida de forma expressa, pela Lei Maior, mas naquela época, Ada Pellegrini Grinover já destacava que as provas inconstitucionais deveriam ser tratadas como provas ilícitas. Ressaltava que

a mediação entre o conceito de ilícito substancial e de inadmissibilidade processual deve ser feita, também no direito brasileiro, através das normas e dos princípios da Constituição, os quais tutelam o direito genérico à intimidade de maneira implícita, e expressamente duas de suas manifestações (o sigilo da correspondência e sua inviolabilidade do domicílio). Toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios

⁹ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Op. Cit., p.46.

constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.¹⁰

4.1.2 Admissibilidade das Provas Ilícitas: As Diversas Correntes de Pensamento

A doutrina criminalista destaca várias teorias diferentes a respeito da admissibilidade ou não das provas obtidas por meio ilícitos.

4.1.2.1. Pela Admissibilidade da Prova Ilícita

A primeira teoria, e única que admite a prova ilícita foi idealizada por Franco Cordero, processualista penal da cidade italiana de Turim, que ficou consagrada no axioma "*male captum, bene retentum*", ou seja, o que foi mal colhido (no momento material) foi bem conservado (no momento processual).¹¹ O doutrinador italiano, baseava-se numa hipotética relação entre a inadmissibilidade da prova e a ilegalidade dos meios utilizados para a sua obtenção, que deveria existir no ordenamento jurídico, a servir de ponte para a exclusão do processo das provas ilicitamente obtidas.

Esta corrente de pensamento parte do princípio de que somente podem ser rejeitadas no processo as provas violadoras de uma norma instrumental, as ilegítimas, por serem as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual. Para os seus seguidores, a violação de uma norma material traz a sua sanção específica, que não é o afastamento do processo. Vale dizer que na prova ilícita reconhece a ofensa ao direito material, devendo ser ampliada ao ofensor a sanção correspondente a penalidade adequada; não podendo, todavia, ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* SOUZA, José Fernando Vidal de. *Temas Atuais de Processo Penal*. São Paulo: SP Copola Livros, 1994, p.142.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal - As Interceptações Telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 *apud* LIMA, Victor Emídio Hag Mussi. *Da Utilização da Prova Ilícita no Processo Penal*. 2000. 32f. Monografia (Graduação em direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP.

Ainda, segundo esta teoria, os direitos material e processual são autônomos, cada qual com a sua sanção específica.

Em suma, para esta teoria a prova é válida, conquanto ilícita, desde que processualmente legítima.

4.1.2.2 Pela Inadmissibilidade da Prova Ilícita

As três outras teorias que propugnam pela inadmissibilidade apresentam os seguintes fundamentos:

a) o direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis; definindo que se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes, condenado e prestigiando apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos.

b) Sem dúvida o segundo fundamento tem por base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado.

O Estado de Direito tem a obrigação de combater o crime e perseguir os criminosos, fazendo-o mediante atos e princípios moralmente inatacáveis. Como o mundo jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, "ombreado-se aos marginais combatidos".

c) Partindo do princípio de que toda prova ilícita ofenda a Constituição Federal, por atingir valores fundamentais do indivíduo, conclui-se que toda vez que uma prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais. Se, ao colher-se a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova obtida fica fulminada pela inconstitucionalidade, não podendo prevalecer em qualquer campo do direito.

4.1.2.3 Teoria Intermediária

A última teoria, conhecida como intermediária, estatui que deve ser estabelecido um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o criminoso, e o de defender os direitos fundamentais do indivíduo.

Tal corrente reconhece, a priori, a inconstitucionalidade da prova ilícita; porém, cotejando-a com o malefício provocado à sociedade pelo criminoso, estabelece ou não um juízo de admissibilidade.

Para a teoria intermediária, a qual também recebe a denominação: "do interesse preponderante", fica reconhecido que em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve atentar para o interesse preponderante, sendo que o mesmo deverá ser preservado.

Destaca-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi criado um dispositivo constitucional proibindo a prova obtida por meio ilícito. Preceitua o artigo 5º, LVI da Lei Maior que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Anteriormente, por uso da analogia, poder-se-ia aplicar o artigo 332 do Código de Processo Civil, que proibia a "prova ilegal" e a "moralmente ilegítima", esta última refletindo uma proibição oriunda de um princípio geral de direito.

Assim do referido dispositivo constitucional podem ser extraídos dois princípios:

- a) são proibidas não só as provas obtidas contra a lei, qualquer que seja a natureza da norma, mas também as que violarem os costumes,
- b) a proibição não diz respeito tão só ao valor a ser dado à prova proibida, que é nenhum, mas também traz um comando que indica a sua total extirpação dos autos se acaso ilegalmente entranhada.

4.1.3 O Princípio Constitucional da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos frente a Constituição Federal de 1988

O tema das provas ilícitas quedou-se absolutamente à sombra dos debates jurídicos por muito tempo, afigurando-se assunto propositadamente evitado pelos estudiosos, por se tratar de uma questão assaz intrincada. A doutrina e jurisprudência brasileira oscilaram, durante algum tempo, a respeito da admissibilidade das provas ilícitas. Com o advento da Constituição de 1988, esse tema assumiu nova dimensão no direito brasileiro. Com efeito, antes da promulgação da novel Carta Magna, a prova ilícita não era reconhecida de forma expressa. Entretanto, pode-se dizer que o nosso direito, já mesmo sob a égide da Constituição anterior, proibia implicitamente as provas ilícitas. Por conseguinte, o que fez a atual Lei Maior foi apenas constitucionalizar uma tendência que certamente já se consagrara como majoritária.

Almejando colocar um ponto final na discordância doutrinária e jurisprudencial, o legislador constituinte de 1988 vedou expressamente a admissibilidade, no processo, das provas obtidas pôr meios ilícitos, precisamente no inciso LVI do referido artigo 5º.

O dispositivo mencionado é inédito a nível de direito constitucional, inobstante a matéria já estar disciplinada, conquanto de forma genérica e insuficiente, pelos artigos 332 e 383 do CPC, pelo artigo 233 do CPP e pelo artigo 295 do CPM.

Malgrado a velada singeleza do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, eis que consignou a matéria em termos aparentemente absolutos, algumas questões exsurgem, como por exemplo, a aceitação ou não do princípio da proporcionalidade e a compreensão ou exclusão da vedação constitucional da chamadas provas ilícitas por derivação. Hodiernamente, estas tendências ainda dividem doutrina e jurisprudência e a verdade é que a regra constitucional não afasta radicalmente nenhuma delas.

Uma interpretação literal do aludido preceito levaria à total inadmissibilidade de uma prova ilícita em qualquer processo, por conta de seus termos literalmente categóricos. Acreditamos não ser este o caminho a ser trilhado, pois é cediço que a interpretação literal é a mais pobre possível, além de odiosa. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos escreve com perfeição

o que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente a expressão taxativa de sua redação. O primeiro ponto que se deve observar é que a despeito do seu caráter aparentemente peremptório e definitivo (...), ainda assim o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultam da sua interpretação finalística teológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal.¹²

A propósito, outrossim, merece transcrição a lição lapidar de Barbosa Moreira

convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar às últimas conseqüências como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio. Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que há respectiva observância à boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.¹³

Resta patente a necessidade e a conveniência de se temperar a aparente rigidez da norma. O essencial aqui é por em redação o caráter relativo, ou melhor, a mitigação que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e das atuais conjunturas sociais e políticas. A própria Constituição submeteu a proibição a temperamento quando possibilitou, no inciso XII do artigo 5º do referido diploma legal, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial nas hipóteses e forma que a lei estabelecer.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.273/274.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.126.

4.1.4 Teoria da Proporcionalidade

4.1.4.1 Conceito e Evolução

A idéia de proporção remonta aos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, e sempre esteve ligada à compreensão da idéia de direito, praticamente se confundindo com a própria noção de direito.

Na Antiguidade clássica encontra-se a matriz do pensamento encerrado no princípio da proporcionalidade. Concebia-se o Direito, como algo que deve se revestir de uma utilidade, na qual viam os gregos a sua última *ratio*, ou seja, o bem-estar para os indivíduos reunidos em comunidade. Também no campo da moral, tinham os antigos gregos a idéia de que seu comportamento baseava-se na proporcionalidade, no equilíbrio harmônico, expressada pelas noções de *metron*, o padrão do justo, belo e bom e de *hybris* a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento. A ética aristotélica formalizou essas noções através do conceito de "justiça distributiva", que impõe a divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade bem como por serviços que tenha prestado.

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel do Tribunal Constitucional alemão. A concepção atual da proporcionalidade é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Confunde-se, ademais, com a origem do Estado democrático de direito, nascido sob a égide de uma lei fundamental entendida como um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos direitos inalienáveis.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não passou despercebido. A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma

escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

4.1.4.2 Teoria da Proporcionalidade e Prova Ilícita "*pro reo*"

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

No que tange à regra da inadmissibilidade da prova ilícita (artigo 5º, inciso LVI) encontramos uma única exceção no âmbito processual penal, sendo que pode ser produzida e é válida, se em favor do acusado, por que agora interessa mais a proclamação da inocência que a preservação da intimidade ou privacidade.

Como se denota, a doutrina nacional é amplamente favorável a esse entendimento, verificando-se mais uma vez a colidência de direitos fundamentais e no confronto prevalece o do acusado, conforme o princípio da proporcionalidade.

Luiz Flávio Gomes, em sua obra "Interceptação Telefônica: lei 9296/96", levanta a seguinte hipótese

imagine um acusado que gravou clandestinamente sua conversa telefônica ou ambiental. Essa gravação clandestina, como regra, é prova ilícita, mas poderia ser utilizada pelo interlocutor que a gravou, dentro de um processo penal, para alcançar sua absolvição. Ocorre que, somente o interlocutor é que poderá usar tal gravação e só em seu benefício. Nenhuma gravação clandestina pode servir de prova "contra" qualquer pessoa. Não serve para incriminar (exatamente por se tratar de prova ilícita), só para absolver. Salienta-se, ainda, que não seria crime a divulgação daquilo que se gravou nos termos do artigo 153 do código penal, por que só existe crime quando a divulgação do segredo ocorre "sem justa causa". Na divulgação de um segredo para o reconhecimento de uma inocência existe justa causa, portanto não há crime.¹⁴

Segundo o que dispõe Nelson Nery Júnior¹⁵: " mesmo não havendo a lei 9296/96 se ocupado de estabelecer princípios mitigadores da interceptação telefônica, é perfeitamente

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9296/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.147/148.

¹⁵ JÚNIOR, Nelson Nery *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.148.

possível haver prova colhida, a princípio, ilicitamente, mas que pelo princípio da proporcionalidade possa vir a ser admitida como válida e eficaz no processo".

Importante ressaltar, quanto ao que dispõe o citado doutrinador, que a prova ilícita será válida se utilizada em favor do réu, porque está em jogo sua inocência; porém, levaria à nulidade se pretendesse sua validade geral.

Assim, dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, explicitando o princípio constitucional da presunção, que para a comprovação da validade da prova ilícita em favor do réu, é necessário que seja feita legalmente.

4.2 Provas Ilegítimas

O ponto de partida é definir o conceito de prova proibida. Por proibir, entende-se¹⁶ "impedir que se faça, tornar defeso, impedir impondo sanção, prescrever abstenção, etc. Logo, prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada à distancia pelo ordenamento jurídico".

As provas proibidas dividem-se em ilícitas, quando contrariam normas de direito material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de execução e, ilegítimas, as que afrontam normas de direito processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.¹⁷

Por ilegítimo entende-se "tudo aquilo à que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção" (conforme dicionário jurídico brasileiro, José Naufel, e dicionário de terminologia jurídica, Pedro Nunes).

Quando a prova é produzida contra um princípio de lei processual, viola-se um requisito exigido pela mesma lei para colocá-la sob seu abrigo, daí porque "prova ilegítima". Note-se que o procedimento penal é regido exclusivamente por suas leis específicas.

¹⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Op. Cit., p. 30.

¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: atlas, 2000, p.260.

Conclui-se, que a prova ilegítima diz respeito à sua produção no processo e não traz problemas se produzida sem o amparo da lei processual penal, visto que não tem qualquer valia. As hipóteses de prova ilegítima estão contidas no artigo 564, III do Código de Processo Penal.

4.3 Prova Ilícita por Derivação

A questão das provas ilícitas por derivação afigura-se uma das mais intrincadas dentro do sistema constitucional e processual pátrio e só se coloca, por óbvio, nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilícitas.

As referidas provas são aquelas, em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informada obtida prova ilicitamente colhida. Trata-se de provas coligidas lícitamente, ou seja, regularmente a partir do conteúdo de uma prova ilícita. Como exemplos dessas provas temos a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido (a apreensão é lícita, mas só foi possível efetivá-la a partir das informações logradas com a confissão, que foi extorquida mediante tortura, ou seja, ilicitamente), ou a interceptação telefônica clandestina, pela qual se venha a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos.

No mesmo sentido, ressalta Luiz Flavio Gomes

Um exemplo claro de prova ilícita é a interceptação telefônica autorizada antes da lei 9296/96. Por falta de regulamentação legislativa, essa autorização não podia juridicamente ser emitida. Logo, a prova quando o juiz autorizava era colhida com flagrante violação ao direito do sigilo das comunicações. Depois da vigência da lei 9296/96, também é possível a existência de provas ilícitas, basta que não sejam cumpridos os seus requisitos essenciais (artigo 5º, inciso LVI) no processo. O juiz não pode valorá-la em sua fundamentação. Não é prova válida ¹⁸

A questão fundamental e mais tormentosa a respeito das provas derivadas é saber qual o seu valor jurídico, se serve de suporte incriminatório contra o acusado e se o juiz pode valorá-la para formar sua convicção.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.144.

Ocorre que, não existe uma única resposta para tais indagações, sendo a matéria controvertida, em termos de doutrina, e inclusive internacional. No Brasil, no entanto, a posição majoritária entre os ministros do STF, é no sentido de que as provas ilícitas por derivação resultam contaminadas e, portanto, são ilícitas e inadmissíveis.

Importante ressaltar que o pensamento doutrinário nacional predominante segue a mesma trilha. Nada obstante, a questão não é pacífica, havendo posicionamentos mitigados e até em sentido contrário ao majoritário. A única conclusão unânime é a de que a Constituição Federal de 1988 deixou em aberto a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Conclui-se, que quando no processo só existem provas ilícitas, originais ou derivadas, é caso de se decretar a nulidade do feito, não podendo o magistrado considerar as provas obtidas ilicitamente, visto que são inadmissíveis. A contrário senso, quando existir no processo provas outras independentes das ilícitas, suficientes para fundamentar decreto condenatório, torna-se possível a condenação. Essa é a chamada teoria da "fonte independente da prova".

É importante salientar que a teoria da prova independente, pode ser tida como meio para burlar a proibição da prova derivada, sendo que para sua correta aplicação, impõe-se a demonstração fática inequívoca de que a prova valorada pelo juiz efetivamente nasceu de fonte autônoma, isto é, não estão na mesma linha de desdobramento das informações colhidas com a prova ilícita. Se não se demonstrar com clareza a autonomia ou independência da fonte, vale a doutrina da prova derivada inadmissível. Havendo dúvidas, tudo se resolve em favor do réu (*in dubio pro reo*).

4.3.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou Frutos Podres (*"fruits of the poisonous tree or tainted fruits"*)

Segundo essa teoria, assim cunhada pela Suprema Corte norte-americana, o vício da planta ou o defeito da árvore se transmite a todos os seus frutos. Noutros termos, isto quer dizer que, uma prova ilícita contamina de ilicitude as demais provas oriundas direta ou indiretamente, das informações por ela obtidas. Todas as provas formalmente lícitas que tiverem conexão ou qualquer relação com uma prova materialmente ilícita, se contaminarão da eiva, do vício, da mácula, ou seja, da ilicitude desta última.

No que concerne à postura da Suprema Corte, cabe desde logo sublinhar o voto (vencedor) do Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 69.912-0-RS, (RBCCrIm n.7, p.181), que a propósito escreveu:

... o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constitui sob a denominação de princípios dos *fruits of the poisonous tree*, e que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas, interceptadas, só se pode chegar, segundo a própria lógica de sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas...estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit 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". Até porque de nada valeria proibir uma prova ilícita e admitir prova ilícita derivada. A prova ilícita expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela ...

Ada Pellegrini Grinover, outrossim, expõe a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, prelecionando que "*na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo*".¹⁹

Em sentido contrário, encontra-se a posição de Mirabete, que entende, no tocante à admissibilidade da prova ilícita por derivação que "como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação da inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva".²⁰

Consoante Scarance Fernandes posição muito rigorosa no sentido de inadmitir a prova ilícita derivada não se mostrou adequada. Diz ele que já se aventou a hipótese de pessoas ligadas a organizações criminosas, até mesmo policiais, poderem forjar uma prova

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Provas Ilícitas na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 51.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.70.

ilícita para, com isso, impedir o sucesso da investigação em andamento. Dessa forma, tudo o que viesse a ser depois obtido seria considerado ilícito.²¹

Ademais, encontra-se no direito comparado, conforme esclarecem Grinover, Scarance e Magalhães, limitação à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como as limitações da "*independente source*" e da "*inevitable discovery*", excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira.²²

Na jurisprudência norte-americana, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é consagrada sem ponderáveis restrições. Assim, tem-se repellido a tese da ilicitude derivada ou por contaminação quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria inevitavelmente, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada.

Não resta dúvida, como afirmou Ada Grinover, que a Constituição deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação. Mas se nos afigura primordial, como pareceu a Trocker, perquirir a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição. Desta forma, efetuando o mesmo raciocínio utilizado pelo autor peninsular, se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo. Pouco importa assim, que uma lei ordinária venha ou não a prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, pois já estamos diante da ponte antes extraída do sistema constitucional e ora inserida textualmente na Constituição que possibilita deduzir a inadmissibilidade processual a partir da ilicitude material. E seria preferível, ao invés, que jamais se fizesse tal regulamentação, por cientificamente desnecessária, e até pela impossibilidade de se extrair do texto legal o espírito da norma violadora que deve ser perquirido no caso concreto. A questão de fundo não difere em se tratando de provas obtidas ilicitamente ou de provas ilícitas por derivação. Haverá, sempre, uma referência

²¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *O Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.83.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.192.

constitucional, cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas. Qualquer outra concepção da matéria, atrelada ao dogma da verdade real ou divorciada de uma visão político-constitucional do processo penal, e de se reputar superada.²³

Urge ressaltar, por derradeiro, que o princípio da proporcionalidade tem inteira aplicação, outrossim, na questão das provas ilícitas por derivação; com supedâneo neste princípio, pode-se admitir uma prova ilícita derivada em situações graves, de extrema reprovação social, quando existirem interesses ou direitos conflitantes. Admitir-se-á uma prova ilícita derivada para resguardar o interesse ou o direito preponderante. Entretanto, cabe fazer uma ressalva; em nenhuma hipótese, por mais relevante que seja, será possível se admitir a prova ilícita derivada e também à prova ilícita propriamente dita, quando no momento de sua colheita, tiver ocorrido violação a integridade física do indiciado ou acusado, como na confissão extorquida mediante tortura, por exemplo. Isto porque a integridade física do ser humano é intangível, ou seja, por razão nenhuma pode ser vulnerada.

²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p.70/71.

5. LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (LEI Nº 9.296/96)

5.1 Introdução

A Lei 9296/96 foi publicada no dia 25/07/1996 e entrou em vigor na mesma data, conforme o disposto no artigo 11 da referida lei.

No que concerne ao direito intertemporal, trata-se de *novatio legis* incriminadora, que é regida, evidentemente, pelo princípio da irretroatividade; significa dizer que somente serão regidos por tal lei os fatos ocorridos posterior à sua publicação.

Há anos, no Brasil, a doutrina reivindicava a regulamentação da interceptação telefônica. Tornou-se indispensável e inadiável um estatuto jurídico específico para as interceptações telefônicas depois que o Constituinte, no artigo 5º, inciso XII da CF/88, facultou a quebra do sigilo das comunicações telefônicas "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A Constituição Federal, no mencionado artigo, assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados* e das comunicações telefônicas. Essa inviolabilidade foi, pois, erigida à condição de garantia fundamental do cidadão, além de ser cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição. Com efeito, nas hipóteses e na forma que lei ordinária venha a especificar, é possível efetuar interceptações de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução penal.

Desnecessário dizer que o dispositivo constitucional em tela requeria regulamentação por lei ordinária e, sendo a proteção da privacidade uma garantia fundamental, qualquer interceptação telefônica, antes do advento da presente lei, transformaria a prova produzida por esse meio em uma prova ilícita. Aliás, a própria Constituição, conforme vimos no inciso LVI do artigo 5º, veda a utilização de qualquer tipo de prova colhida de forma ilícita.

No que tange à produção de provas ilícitas, com efeito, Vicente Greco Filho entende que

essa regra da inadmissibilidade de qualquer prova obtida por meios ilícitos não deve ser absoluta, "porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito."²⁴

Essa linha de raciocínio é seguida por Nelson Nery Jr. para quem

a ilicitude de obtenção de prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova antes de ser ilícita é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto na CF, 5º, X, que (...) não é absoluto.²⁵

Celso Bastos, também entende que o texto constitucional deve sofrer ressalvas. Tais ressalvas, segundo o nobre doutrinador, resultam de "*sua interceptação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal*"²⁶; classificando a ilicitude prevista no inciso LVI do art. 5º em intrínseca (absoluta) e extrínseca (não-absoluta). No mesmo sentido entende que, em sendo o propósito constitucional o prestígio e a defesa de certos direitos fundamentais, o comando contido no inciso LVI deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado.

Como se percebe, garantiu-se como regra o direito à intimidade (ao sigilo das comunicações telefônicas), mas ao mesmo tempo abriu-se a possibilidade (de modo explícito) de uma lei regulamentadora, conformadora do direito constitucional em questão.

Segundo leciona Luiz Flávio Gomes

Estamos, como se denota, diante de uma reserva de lei, mais precisamente frente a uma reserva legal qualificada, por que já no texto maior acham-se presentes alguns requisitos mínimos que compulsoriamente deveriam ser contemplados pelo legislador infra-constitucional.²⁷

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.178.

²⁵ JÚNIOR, Nelson Nery. *Proibição da Prova Ilícita*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.18.

²⁶ BASTOS, Celso R. e MARTINS, Ives Gandra. Op. Cit. p. 274.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.84.

Era imperiosa a necessidade de um diploma legal específico, visto que em matéria de direitos fundamentais qualquer restrição só pode ter por base a própria Constituição Federal ou uma "lei". Referida lei tornou-se, também, indispensável para tentar coibir tantos abusos que ocorriam constantemente.

Como se observa, a interceptação telefônica no Brasil tem muita história. Não como um meio probatório lícito e legítimo, disciplinado pelo ordenamento jurídico e instrumento valioso para a própria preservação do Estado Constitucional e Democrático de Direito, mas como uma forma reprovável de invasão à privacidade alheia.

Como bem salientou Luiz Flávio Borges D'Urso

excetuando-se as hipóteses vislumbradas pelo diploma constitucional, não se pode tolerar a escuta telefônica, por ser ilegal e criminosa, pois a consciência da cidadania reside na plenitude dos direitos constitucionais, dentre eles o sagrado direito à intimidade e à privacidade, inclusive do pensamento, compreendendo-se, aí, sua expressão pela conversação telefônica.²⁸

Necessário se faz definir o conceito da palavra interceptar (de intercepto + ar) que significa, etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar, reter, empolgar²⁹. Do ponto de vista jurídico, mais precisamente da lei 9296/96, a palavra "interceptação" não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático; visto que interceptar uma "comunicação telefônica" não significa dizer interrompê-la, mas sim captar a comunicação, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.

Ainda no sentido jurídico, existe uma sutil diferença entre "interceptação" e "escuta" telefônica, sendo que aquela se concretiza sem o conhecimento dos comunicadores e a ofensa endereça-se a todos; já, nesta, um dos comunicadores sabe da interceptação, da captação, logo, a ofensa acontece apenas contra um deles.

Sob o ponto de vista de Luiz Flávio Gomes

o texto legal refere-se tanto à interceptação propriamente dita (em sentido estrito) como à escuta telefônica. Ambas são contempladas na lei. Logo, tanto pode o Juiz autorizar uma "interceptação" para descobrir prova num caso de tráfico de entorpecentes (e nesse caso tornar-se-ão conhecidas as comunicações telefônicas seja do suspeito, seja do outro comunicador), como pode permitir uma "escuta"

²⁸ D'URSO, Luiz Flávio Borges *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.85.

²⁹ Novo Dicionário Aurélio, Editora Nova Fronteira, 1ª edição.

num caso de seqüestro em que a família da vítima, obviamente, está sabendo da captação da comunicação.³⁰

5.2 O Regime Jurídico das Interceptações Telefônicas antes da Constituição Federal de 1988

Antes da Constituição Federal de 1988, a interceptação telefônica, malgrado sua indiscutível importância, nunca contou no nosso ordenamento jurídico com um estatuto próprio e específico. Na Constituição de 1946 não havia nem sequer referência à comunicação telefônica. Entendia-se, no entanto, que estava compreendida na garantia do art. 141, § 6º, que cuidava da inviolabilidade do sigilo de correspondência. Na Constituição de 1969 (art. 153, § 9º), contemplava-se a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

O texto constitucional de 1988, aparentemente, assegurava o sigilo das comunicações telefônicas de "modo absoluto". Quem estudou, com alto primor técnico a matéria atinente a interceptação telefônica, foi Ada Pellegrini Grinover, que partiu da premissa de que a liberdade de comunicação é espécie de liberdade de manifestação de pensamento, enquanto o sigilo é expressão do direito à intimidade. Esclareceu que a tutela desse direito concretiza-se seja pela "proteção do segredo" (ninguém pode ter conhecimento ou controle de uma comunicação), seja pela "proteção da reserva" (que impede a divulgação abusiva daquilo que se conheceu licitamente). Outro ponto abordado no trabalho da emérita processualista consistiu no reconhecimento da natureza "relativa" do direito ao sigilo nas comunicações telefônicas; concluindo que somente de maneira aparentemente absoluta é que foi contemplado esse sigilo; logo, é um direito sujeito a exceções, restrições. Essa sua postura doutrinária, embora não fosse a única, era a que prevalecia e a prova podia, assim, ser lícita ou ilícita³¹.

No âmbito processual penal, a primeira decisão do STF a respeito de uma interceptação telefônica, deu-se no HC 63.834-1, Rel. Min. Aldir Passarinho, determinou-

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.96.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* Gomes, Luiz Flávio. Op. Cit., p.86/87.

se o trancamento do inquérito policial porque se tratava de interceptação feita por "particular". Logo, prova ilícita.³²

5.3 O Regime Jurídico das Interceptações Telefônicas depois da Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição de 1988, muda-se o cenário jurídico pertinente à matéria. E altera também a doutrina de Ada Grinover, verbis

Ainda antes da convocação da Assembléia Nacional Constituinte, em diversas ocasiões havíamos manifestado o entendimento de que se fazia imprescindível a intervenção do legislador brasileiro, para o adequado tratamento das interceptações telefônicas autorizadas, delineando, para tanto, as linhas mestras a serem observadas pela lei ordinária. Agora, aprovado o projeto de texto constitucional, o próprio mandamento da Lei Maior obriga o legislador a disciplinar minuciosamente a matéria.³³

A preocupação, portanto, depois da Constituição, era a de "regulamentar" o inciso XII, do art. 5º, o que só se deu oito anos depois, com a Lei 9.296/96.

Muitos projetos tramitaram pelo Congresso Nacional nesse período e ao mesmo tempo ainda havia juiz que autorizava a interceptação telefônica com base no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Isso acabou por gerar um conflito para dirimir a questão a respeito da interceptação, visto que de um lado os órgãos persecutórios do Estado pressionavam o Judiciário para contar com o poderoso meio probatório da interceptação telefônica (invocando razões de segurança pública, em geral) e, de outro, não menos certo é que havia necessidade da *interpositio legislatoris*. Tal fato ocorreu porque estávamos (e ainda estamos) diante de um dos direitos mais sagrados do homem na sociedade moderna, que é o da intimidade, entendida nos dias atuais como aquele âmbito de liberdade necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade, e que deve ficar preservado de ingerências ilegítimas, constituindo o pressuposto necessário para o exercício de outros direitos e para a participação do indivíduo na sociedade.

³² Idem, p.87.

³³ Ibidem, p.88.

Importante ressaltar que o conflito acima referido caracterizava-se pelo antagonismo que se verificava nas opiniões dos doutos. As divergências doutrinárias vieram à tona, com toda intensidade, no instante em que um Juiz determinou a interceptação telefônica contra um advogado. Houve Representação da OAB à Procuradoria-Geral de Justiça, pedindo as providências cabíveis por se vislumbrar naquela autorização uma conduta criminosa. Quem elaborou o parecer na Procuradoria-Geral foi nada menos que Damásio E. de Jesus, que depois de minucioso e profundo estudo sobre a matéria, com amplas incursões inclusive no direito comparado, concluiu não ter ocorrido nenhum delito no ato do Juiz, porque presentes estavam todos os requisitos legais necessários para a interceptação telefônica, dentre eles: existência de autorização judicial, autorização dada por juiz competente, operação realizada por órgãos oficiais e ordem judicial motivada. Seria um absurdo e até um exagero não aceitar como prova uma escuta telefônica autorizada por Juiz competente.

Apesar da acesa controvérsia que existia no plano jurídico (*ius positium*), que constituía inquestionavelmente um dado extremamente prejudicial para a segurança do direito, o Congresso Nacional nada deliberava sobre o tema. Continuava a lentidão para expor a solução de problema fático. O primeiro projeto apresentado foi fruto de estudos de um Grupo de Trabalho formado pelo Deputado Michel Temer e coordenado pela Prof^a. Ada P. Grinover que procuraram distinguir a interceptação em sentido estrito da escuta telefônica, assim como da mera gravação, arrolando os delitos que iriam permitir tal medida cautelar, tal como o direito português; resguardava-se a comunicação feita com o defensor, delineavam-se os requisitos para a medida: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; realçava-se o caráter da imprescindibilidade; autorização prévia; vedava-se a utilização da prova colhida, contra a defesa, quando em desacordo com a lei; assegurava-se o segredo de Justiça etc.

A ausência de um regime jurídico adequado (embora isso fosse constitucionalmente exigido), omissão legislativa, autorizações judiciais "controvertidas" (para se dizer o mínimo), incursões duvidosas no âmbito da intimidade de incontáveis pessoas, desrespeito em consequência a vários direitos fundamentais, insegurança jurídica, frustração da atividade persecutória, etc. foram as características do direito brasileiro, no que concerne às interceptações telefônicas, no período que vai de 1988 a julho de 1996.

No Supremo Tribunal Federal, no entanto, sempre prevaleceu o entendimento de que o Código Brasileiro de Telecomunicações (art. 57), não foi recepcionado pela Magna

Carta de 1988, sendo que num dos mais expressivos debates ocorridos na Suprema Corte brasileira, a questão foi objeto de vários Habeas Corpus, dentre eles o de número 69.912-0-RS, cujo Relator foi o Min. Sepúlveda Pertence, que partiu da premissa de que referido Código de Telecomunicações efetivamente não fora recepcionado pela CF 1988, visto que não atendeu às exigências constitucionais, porque não descreve as hipóteses e a forma da interceptação. Em consequência, toda autorização judicial será inválida. A prova colhida é ilícita e inadmissível, nos termos do art. 5º, inciso LVI, da CF. Sendo única no processo, leva à sua nulidade. Enfrentou, por último, a questão das provas derivadas da prova ilícita e concluiu também pela sua inadmissibilidade.

Comentando esse entendimento do STF, Damásio E. de Jesus pontificou

Não deixa de ser curioso: na vigência da CF anterior, que, em seu art. 153, § 9º, previa o princípio da inviolabilidade da comunicação telefônica sem abrir exceção, não era proibido ao Juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de produção de prova judicial. E, hoje, quando a CF expressamente autoriza a interceptação mediante ordem judicial, entende-se proibido fazê-lo.³⁴

A razão dessa aparente dificuldade reside no seguinte: há direitos fundamentais submetidos expressamente à reserva de lei restritiva; e outros direitos não. Na primeira hipótese, seja uma reserva de lei simples, seja qualificada, sem ela, o dispositivo constitucional não possui plena eficácia. Já na Segunda hipótese, que trata dos direitos fundamentais não submetidos à reserva de lei restritiva, cabe considerar que tais direitos não são absolutos. Logo, somente *prima facie* não estão sujeitos a limitações. É falsa, como diz Suzana de Toledo Barros, "a idéia de que os direitos fundamentais não estão sujeitos à reserva de lei restritiva expressa seriam insuscetíveis de qualquer restrição; fala-se então de limites constitucionais não-escritos ou de limites imanentes".³⁵

Como se observa, o STF, desde 1993, vinha proclamando a necessidade de uma lei ordinária regulamentadora do direito constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas. No Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, o entendimento predominante era no sentido da validade da referida prova. Assim, as reiteradas decisões da Suprema Corte estavam em consonância à fiel vontade do legislador e sempre no sentido 'garantista'. Tal ato levou o legislador infraconstitucional a dar prioridade para o assunto, entrando, em julho de 1996,

³⁴ JESUS, Damásio. E. *Boletim IBCCrim* n. 9, p.24.

³⁵ BARROS, Suzana de Toledo *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.92.

em vigor a Lei 9296/96, que tem o deliberado propósito de 'regulamentar' o disposto no inciso XII, do art. 5º, da CF.

5.4 Posição dos Tribunais antes do advento da Lei nº 9.296/96

No que tange à posição ao Supremo Tribunal Federal é importante ressaltar que, majoritariamente, não era admitida a escuta telefônica antes do advento da Lei nº 9.296/96. Para o STF, o preceito constitucional não era auto aplicável.

Nesse sentido destacamos a ementa do acórdão oriundo do julgamento do HC nº 73.351. SP, datado de 10 de maio de 1996, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, pelo qual ficou assentado que

a prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos 'frutos da árvore envenenada', o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF ('são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'). Necessidade de regulamentação do art. 5º, XII, da CF ('é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A posição do STF porém, não era pacífica no sentido da impossibilidade do uso de provas obtidas por intermédio de interceptação telefônica, até o surgimento de outro julgado (Lex - JSTF 183/290), onde o Supremo deixou claro a sua escassa maioria a favor da ilicitude absoluta da prova colhida por intermédio da denominada "escuta telefônica".

Já o STJ, por algumas de suas turmas, tinha um entendimento que relativizava o uso de prova obtida por "escuta telefônica".

Isoladamente, alguns Tribunais Estaduais entendiam que, mediante ordem judicial, era possível determinar escutas telefônicas. Nesse sentido é o acórdão datado de 21 de dezembro de 1993, das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, por maioria, deixou assentado o seguinte entendimento

Escuta telefônica. Prova de autoria. A escuta telefônica é expressamente autorizada na CF, art. 5º, XII, em casos especiais e deferida pelo Juiz. Preliminar de nulidade rejeitada. Prova da autoria manifesta.³⁶

Na mesma linha de pensamento está a posição do TJSP, que em decisão de 30/10/95, na apelação criminal nº 185.901-3, também admitiu o uso de prova oriunda de interceptação telefônica

Prova criminal. Interceptação telefônica. Admissibilidade. Inviolabilidade do sigilo não tem caráter absoluto. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Hipóteses em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial. Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova, deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade.³⁷

Também o TACRIMSP, em decisão de 1994, decidiu

Prova - escuta telefônica - violação à garantia constitucional do sigilo - inoocorrência - inteligência do art. 5º, XII da CF - a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito a interceptação, mas não a escuta, que com aquela não pode ser confundida, podendo ser admitida como prova em processo judicial.³⁸

Observa-se que muito embora o STF tivesse posição que vedava o uso da prova obtida mediante interceptação telefônica, ainda que autorizada judicialmente, vários Tribunais inclusive o STJ, apresentavam posições em sentido contrário.

5.5 Questões fundamentais da Lei 9296/96

5.5.1 Considerações Gerais sobre o artigo 1º

Dispõe o art. 1º da Lei 9296/96

³⁶ RJTJRGs 166/52

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit., p.50.

³⁸ RJTACrim, Vol.22, Abr/Jun/94, p.178.

a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza para a prova em investigação criminal e instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Pela expressão "interceptação telefônica", convém esclarecer que é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores. Já a comunicação telefônica encontra-se enriquecida, sobretudo, pelo extraordinário desenvolvimento da informática que se vale prioritariamente dela para a transmissão e recepção de dados, imagens e informações.

A Lei 9296/96, no seu artigo 1º, refere-se à 'interceptação de comunicação telefônica de qualquer natureza'. Porém, cabe esclarecer que, entende-se por interceptação 'de qualquer natureza', tanto a interceptação em sentido estrito como a escuta telefônica, visto que ambas consistem em processos de captação de comunicação alheia.

Para Vicente Greco Filho ³⁹, a escuta telefônica não entra em âmbito de incidência da lei ora sob análise, posição essa na qual diverge Luiz Flávio Gomes ⁴⁰, que entende

o fato de um dos comunicadores saber da captação não afasta a idéia de interceptação, mesmo porque é um terceiro que está tomando conhecimento da comunicação. De outro lado, surge a proteção do sigilo em relação a quem não está sabendo da interceptação. Logo, para se quebrar esse sigilo, é imprescindível autorização judicial.

Portanto, o regime jurídico da interceptação em sentido estrito, hoje, é o seguinte: se devidamente autorizada nos termos da Lei 9296/96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, configura crime, previsto no artigo 10 da mesma lei.

Conforme já salientado, a finalidade da interceptação telefônica é, antes de tudo, a obtenção de uma 'prova', que se materializa num documento ou depoimento, sendo um desses meios probatórios que irá fixar os fatos no processo, de tal modo a legitimar a decisão judicial seja frente às partes, ou à universalidade das pessoas.

Como se observa na lei, a interceptação só vale para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A instrução criminal, como dizia Joaquim Canuto Mendes

³⁹ GRECO FILHO, Vicente *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.104.

⁴⁰ Idem, p.105.

de Almeida⁴¹ "*é toda atividade reveladora de fato incriminado ao conhecimento do juiz, cuja fase se destina a formação de culpa*".

Segundo os doutrinadores Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior⁴², em elaborado estudo, sustentam que a interceptação telefônica durante a instrução judicial colide com as garantias constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, do direito à lealdade processual, abrangido pela garantia do devido processo legal.

5.5.2 Natureza Jurídica da Interceptação Telefônica

Reputa-se lícita a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O seu resultado, que é uma operação técnica, é fonte de prova e através de meio de prova será introduzida no processo. Considera a doutrina como um meio de apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica, e enquadrando-a como forma de coação processual *in re*.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a sua execução depende de ordem judicial. O provimento que autoriza a interceptação, reveste-se de natureza cautelar, pois visa a fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e nesse sentido, visando conservar, para fins exclusivamente processuais o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas.

Como afirma Romeu Pires de Campos Barros "a tutela cautelar penal surge exatamente, da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório".⁴³

Para tanto, exigem-se os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus bonis iuris*, a questão deve ser bastante analisada, pois da mesma forma que ocorre com a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime de extrema gravidade que ensejaria o sacrifício da

⁴¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.120.

⁴² DELMANTO, Roberto e JÚNIOR, Roberto Delmanto *apud* GOMES, Luiz Flávio. Idem, p.120.

privacy. No tocante ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da realização da medida possa resultar para a investigação ou instrução processual.

5.5.3 Finalidade da Interceptação: obtenção de prova

A conversa telefônica interceptada, que é o objeto da prova, pode ser provada por vários meios, até pelo testemunho do interceptador. Em se tratando, todavia, de interceptações autorizadas por autoridade judiciária, o resultado da operação técnica deve revestir-se de forma documental. Documento, como preleciona Moacyr Amaral Santos é "coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo".⁴⁴

O valor probante do resultado da interceptação telefônica, contudo, como observa Ada Pellegrini Grinover nada tem a ver com a admissibilidade desse meio de prova. A questão vai repercutir no momento probatório de sua valoração pelo juiz.⁴⁵

Como observa Luiz Francisco Torquato Avolio

a interceptação é uma operação técnica, que visa a 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 identidade das vozes possa ser afirmada seguramente ou apenas reconhecida como provável, irá valorar o resultado da interceptação, respectivamente, como prova ou como indício.⁴⁶

No mesmo sentido encontramos o entendimento doutrinário de Luiz Flávio Gomes ao expor que

a finalidade da interceptação telefônica foi traçada pelo legislador constituinte de 1988 ao determinar para fins de "investigação criminal ou instrução processual penal. Visa-se com ela, em última instância, a produção de uma "prova" e, com isso, afastar o princípio da presunção da inocência; mas para tanto essa prova deve ser legalmente obtida.⁴⁷

⁴³ BARROS, Romeu Pires de Campos *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p.95.

⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Idem, p.96.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ibidem, p.96.

⁴⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ibidem, p. 97.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.116.

Questiona-se se a interceptação é um meio de prova. A propósito, convém precisar que, a comunicação telefônica é tida, em si, como uma "fonte de prova", porque é dela que emerge a comprovação de um delito ou do envolvimento de uma pessoa com determinado delito.

Como já salientado, a interceptação telefônica, por seu turno, é uma medida cautelar processual, razão para a exigência da comprovação de *fumus e periculum in mora*, mais precisamente medida coativa real (não pessoal), consistente numa apreensão imprópria, ou seja, a ordem judicial necessária exterioriza a autorização para a concretização da medida cautelar .

Conclui-se, que a finalidade da interceptação telefônica é, antes de tudo, a obtenção de uma "prova", que se materializa num documento ou num depoimento, sendo um desses meios probatórios que irá fixar os fatos no processo, de tal modo a legitimar a decisão judicial, seja frente às partes ou à universalidade das pessoas.

5.5.3.1 Finalidade da Interceptação: prova em instrução processual penal

A fase de instrução processual destina-se à produção de provas sobre o fato e autoria. Instrução criminal, como dizia Joaquim Canuto Mendes de Almeida⁴⁸ "é toda atividade reveladora do fato incriminado ao conhecimento do Juiz". A fase de instrução é a fase de "formação de culpa".

Pode-se, distinguir, no Processo Penal três fases: postulatória, instrutória e decisória. A segunda se destina a produção das provas que deve pautar-se pela "legalidade", pois somente assim é que poderá afetar a presunção de inocência.

No que tange à Lei 9292/96, importante ressaltar que não há distinção da modalidade de ação, se pública ou privada. Logo, desde que preenchidos todos os requisitos legais, é de se admitir a interceptação, inclusive na ação privada.

Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior⁴⁹, sustentam como afirmado que a interceptação telefônica 'durante a instrução judicial' colide com as garantias constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, do direito à lealdade

⁴⁸ ALMEIDA, Canuto Mendes de *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.120.

⁴⁹ DELMANTO, Roberto e JÚNIOR, Roberto Delmanto *apud* GOMES, Luiz Flávio. Idem, p.120.

processual, abrangido pela garantia do devido processo legal, e da própria inviolabilidade do devido processo legal.

A interceptação é medida excepcional, pois a regra é o sigilo das comunicações. Como medida excepcional só se justifica em casos delimitados e só para fins criminais, por que aqui pode se entrever um interesse público deveras saliente, de tal modo a preponderar, em algumas ocasiões, sobre o sigilo e a intimidade. Considerando que a finalidade única da interceptação é criminal, parece adequado o fato de que a lei tenha conferido somente à autoridade policial e ao Ministério Público a possibilidade de requerê-la; pois assim se evita a pulverização dos pedidos.

Segundo assevera Luiz Flávio Gomes⁵⁰ "trata-se de medida cautelar restritiva de direito fundamental não podendo ser vulgarizada nem disseminada, sendo que não poderá perder sua característica básica que é a excepcionalidade".

Desse modo, não se afasta a possibilidade de movimento por parte do advogado, mas a lei não podia mesmo ampliar desproporcionalmente a pertinência subjetiva ativa do requerimento, sob pena de por em risco o direito constitucional do sigilo das comunicações.

No que tange ao contraditório, que é direito 'sagrado' dentro do processo inspirado no Estado de Direito, impõe-se desde logo salientar que ele não é afastado, existe e é diferido conforme ressalta a doutrina italiana. Isso se dá pela própria natureza da interceptação como medida cautelar *inaudita altera pars*. Importante salientar, que o contraditório e a ampla defesa não são assegurados no instante da obtenção da prova, senão depois, do devido processo legal. Há provas que já são obtidas contraditoriamente e, outras, por natureza, unilateralmente. Nesta hipótese, o contraditório vem depois.

No que se refere à ampla defesa, seu respeito deve ser garantido incondicionalmente. Quanto à lealdade, urge ponderar que a interceptação caso fosse previamente comunicada, não serviria para nada, pois a comunicação prévia não tem sentido jurídico, por se tratar de prova 'cautelar' *inaudita altera pars*.

Durante a instrução penal (que é a fase destinada à fixação das provas em juízo) pode-se revelar muito importante a interceptação telefônica. Logo, destacamos o posicionamento de Luiz Flávio Gomes⁵¹ que entende não ser correta a opinião no sentido

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*, p.121.

⁵¹ *Idem*, p.122.

de que essa prova só seria adequada no período de investigação criminal, pois poderão surgir no decorrer do processo, fatos novos, circunstâncias desconhecidas, que aconselhariam uma interceptação telefônica.

5.5.4 A questão da "prova emprestada"

O meio probatório que resulta da interceptação, não pode ser utilizado em qualquer procedimento ou processo. A Lei 9296/96, repetindo o texto constitucional, delimitou o uso desse meio probatório, que só vale para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Deve-se observar que a lei menciona para fins de "investigação criminal". Sendo assim, pode não haver inquérito policial instaurado e ser admitida a interceptação telefônica.

A propósito, esclarece Damásio E. de Jesus: "Investigação criminal é a que se destina à apuração de uma infração penal (crime ou contravenção) e sua autoria. Pode ser de responsabilidade da polícia judiciária ou de qualquer outra autoridade administrativa com atribuição para tanto".⁵²

O nobre doutrinador reiterou que tal meio probatório não se destina como bem observado pelo Min. Paulo Brossard⁵³ "a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário... se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso dele dará ciência ao MP...". Considerando que a CF só permitiu a interceptação para fins de investigação criminal ou instrução penal não cabe tal medida em investigações de CPI e nem mesmo para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos, etc.; nem sequer para investigação que envolva atos difusos ou coletivos.

A questão que se propõe é saber se a prova obtida dentro de uma investigação criminal ou instrução penal pode ou não ser utilizada em outro processo. Faz-se, então, o questionamento da admissibilidade ou não da prova emprestada.

Para Luiz Flávio Gomes

⁵² JESUS, Damásio E. *apud* GOMES, Luiz Flávio. Idem, p.117.

⁵³ Idem, *ibidem*.

O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica criminal já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal e não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente (ou deve estar, ao menos) na atividade do legislador, do juiz e do executor.⁵⁴

Em suma, o doutrinador Luiz Flávio, concluiu que estando em jogo liberdades constitucionais (direito ao sigilo das comunicações, frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento dos demais, estabelecendo que não são todos os crimes que admitem a interceptação; sendo que tal escolha se funda na proporcionalidade que não pode ser desviada na praxe forense.

Assim, o entendimento predominante da doutrina é no sentido de que a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser emprestada ou utilizada para qualquer outro processo vinculado a outras áreas do direito, sendo que tal prova seria imprestável para qualquer outro inquérito ou processo e se desvirtuaria da vontade do legislador que é admitir a interceptação somente para fins criminais.

5.5.5 Princípio da legalidade e (i)licitude da prova

Importante ressaltar que a disposição do legislador no sentido de que a interceptação telefônica 'observará o disposto nesta lei', tem múltipla relevância⁵⁵, as quais passaremos a destacar:

a) em primeiro lugar não ficou claro que toda interceptação que porventura não atenda rigorosamente todos os requisitos previstos na Lei 9296/96 é ilícita e, sendo prova ilícita não pode ser levada em conta pelo juiz na sentença final;

b) dissipou qualquer dúvida sobre a ilicitude da prova obtida antes da sua vigência porque as provas antes autorizadas não atendem os requisitos por ela estabelecidos;

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*, p. 118

⁵⁵ *Idem*, p.123.

- c) expressa a "regra de garantia" decorrente do princípio da presunção de inocência;
- d) permite extrair a conclusão de que é ilícita não só a prova obtida em desacordo com a lei, senão também a prova dela derivada;
- e) resultou patenteada a exclusividade da nova lei, isto é, definitivamente não se aplica o Código Brasileiro de Telecomunicações para a autorização da interceptação telefônica.

Como vimos, a norma constitucional do artigo 5º, inciso XII não era auto-aplicável e requeria lei regulamentadora da parte final desse inciso. Estávamos diante de uma reserva legal, aliás, reserva legal qualificada, por que o constituinte não só estabeleceu a necessidade de uma lei para se admitir a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, como também fixou algumas exigências mínimas (fins de investigação criminal ou instrução penal e ordem judicial).

A segunda consequência que se extrai da locução em questão, é que as autorizações judiciais emitidas antes da lei não possuem nenhum valor jurídico. Prova colhida por força delas é prova ilícita e, portanto, inadmissível, salvo em favor do acusado.

Impõe-se sublinhar ademais o seguinte: a verdade material (ou real) é uma verdade histórica e, portanto, não significa que tudo está permitido. Só pode ser alcançada de acordo com os ditames do Estado de Direito respeitando-se seus limites. Não é uma verdade a qualquer preço e nem tudo é lícito no âmbito probatório. Urge compatibilizar a produção da prova com direitos fundamentais do suspeito ou acusado, tais como dignidade, intimidade, etc. É imprescindível a legitimidade da atuação estatal na origem de qualquer prova, mas principalmente na que envolve a privacidade. Se a regra é a tutela desse direito e do sigilo das comunicações, as exceções devem vir rigorosamente previstas em lei.

Não poderíamos deixar de transcrever o comentário feito por Ricardo Cintra Torres de Carvalho⁵⁶, nestes termos: "A excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa: é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério".

⁵⁶ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.125/126.

5.5.5.1 O princípio da legalidade como regra de garantia da presunção de inocência

Por força do princípio da presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado, senão depois da sentença com trânsito em julgado. O ônus de provar a culpabilidade do acusado é de quem acusa (nisso reside a regra probatória). A única forma de se afastar a presunção de inocência do acusado é comprovando-se legalmente tal culpabilidade.

A interceptação telefônica, como prova, pode afetar a presunção de inocência, mas desde que obtida de modo lícito, legal. Tem que atender rigorosamente todos os requisitos legais (finalidade, ordem judicial, juiz competente, sigilo, necessidade, motivação, etc.), pois, conforme já reiterado, só a comprovação 'legal' da culpabilidade derruba a presunção de inocência.

A origem do princípio da presunção de inocência tem agora assento constitucional no Brasil, sendo que foi constitucionalizado em 1988 e está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Magna Carta, *in verbis*: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Cuida-se de princípio amplamente conhecido e reconhecido no âmbito internacional.

O mencionado artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, em virtude da sua redação dúbia, permitiu, no começo da sua vigência, algumas interpretações acerca de seu conteúdo, o que era ademais previsível, por que no eixo da discussão sobre a essência da presunção de inocência está uma clássica e histórica polêmica travada entre correntes liberais e anti-liberais.

Na base dessa ambígua redação, a presunção de inocência aparece como princípio orientador e fundamentador de todo o processo penal, sendo que todos os momentos e regras do processo penal encontram seu fundamento na proteção da inocência, de tal forma que a infração a qualquer dessas regras se converte em um ataque dirigido, contra a presunção de inocência.

Não possui nenhum sentido, diante do que foi exposto até o momento, não considerar que no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal está inscrito o princípio da presunção de inocência, com toda carga liberal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de fundo indubitavelmente Iluminista.

Questiona-se se o uso da locução presunção de inocência seria uma verdadeira locução. A doutrina vem procurando assinalar que, na verdade, não se trata de uma presunção em sentido jurídico. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, no seu Novo Dicionário Aurélio, conceitua a presunção como "conseqüência que a lei deduz de certos atos ou fatos, e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário".

Tampouco pode-se sustentar que o preceito constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, configura uma "norma de presunção", visto que essa exige: previsão em lei positiva, caráter processual, com repercussões probatórias e enlace entre si de duas afirmações antecedentes e conseqüente, as quais devem ser qualitativamente distintas. Importante ressaltar que no nosso texto constitucional não temos o último requisito da norma de presunção, isto é, não existe nenhum vínculo entre duas afirmações qualitativamente distintas. Existe sim, uma só afirmação, que não é deduzida de nenhuma outra.

Só resta considerar que a expressão presunção está sendo utilizada em sentido vulgar, não técnico. Sob esse enfoque, a presunção de inocência é a expressão de uma valoração feita pelo Legislador Constituinte frente ao acusado da prática de um ato ilícito que se decidiu por uma das proposições possíveis, ser inocente ou culpado.

No que concerne à natureza jurídica da presunção de inocência urge destacar o seguinte: do ponto de vista extrínseco (formal), no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, significa dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa. Do ponto de vista intrínseco (substancial) é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras inequívocas no campo probatório, das garantias e de tratamento do acusado.

A primeira e importante regra que deriva do princípio da presunção de inocência relaciona-se com o campo probatório. No nosso sistema jurídico, essa regra está inscrita no artigo 8º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que diz

toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Antes de o Brasil ratificar a citada Convenção podia-se discutir sobre a eficácia dessa regra jurídica no direito interno. Agora, no entanto, como bem destacou Magalhães Gomes Filho, com amparo no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, tornou-se indiscutível no nosso ordenamento jurídico a amplitude da presunção de inocência "desde que o Congresso Nacional, através do Dec-Leg. 27, de 26-05-1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o governo brasileiro, em 25-09-1992, depositou a Carta de Adesão a essa

Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto 678, de 06-11-1992, publicado no Diário Oficial de 09-11-1992, p.15562 e ss.⁵⁷

Todavia, a doutrina nunca deixou de reconhecer que a presunção de inocência também significa, além de regra probatória, regra de tratamento. Como regra de tratamento a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no bando dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, etc. Assim, por força da regra de tratamento, ademais, todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justificam quando há extrema necessidade fundada em casos concretos. Viola-se esse aspecto da presunção de inocência quando se prevê prisão automática (artigo 594 do CPP, por exemplo), prisão por força de lei (prisão não fundamentada enquanto pendente Recurso Especial ou Extraordinário), etc.

Importante ressaltar que a presunção de inocência é tida como regra de garantia, sendo que a comprovação da culpabilidade, como exigência que emana da regra probatória, precisa revestir-se de legalidade. A Convenção Americana proclama várias garantias mínimas do Juiz Natural, Juiz Competente, da legalidade das provas, etc. Viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando na atividade acusatória ou probatória não se observa estritamente o ordenamento jurídico.

Particularmente no que concerne à interceptação telefônica, depois da Lei 9296/96, tornou-se imprescindível sua estrita observância, o que está explícito em seu artigo 1º. A prova resultante dela só pode ser valorada pelo Juiz e só pode afastar a presunção de inocência, se atendidos todos os requisitos legais: presença dos pressupostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), da proporcionalidade, decisão fundamentada etc. Do contrário, será prova ilegal ou inconstitucional, que é insuficiente para quebrar a presunção de inocência.

5.5.6 Ordem do Juiz Competente

⁵⁷ FILHO, Antônio Magalhães Gomes *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.136.

A princípio, destacamos o conceito de juiz competente que é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio. É preciso ordem desse juiz para que se concretize a medida cautelar da interceptação telefônica e, essa ordem é a exteriorização de vontade do juiz competente e necessariamente deve ser escrita. Deve, de outro lado, ser fundamentada, é de suma relevância que o juiz, ao emitir a ordem de interceptação, determine, desde logo, o segredo de justiça, nos termos do artigo 1º, parte final. A partir da ordem dada, sob segredo de justiça, já pode ocorrer o crime do artigo 10. Quebrar segredo de justiça, neste dispositivo, significa não só revelar aquilo que se conseguiu com a interceptação, senão também divulgar que existe uma ordem judicial para sua concretização ou que existe uma diligência em curso, ou gravação ou transcrição em andamento.

Considerando que a interceptação telefônica é medida cautelar que visa a obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, é evidente que o juiz competente para emití-la deve ser dotado de jurisdição penal. Na jurisprudência já prevalecia esse entendimento, mesmo antes da edição da Lei 9296/96. Não existe a menor dúvida de que o juiz militar ou eleitoral pode determinar a interceptação, desde que o assunto verse sobre caso de sua competência específica.

Urge ressaltar que somente mediante ordem judicial pode-se decretar a interceptação telefônica. Não interessa se se trata de telefone particular ou público. Mesmo as comunicações transmitidas ou recebidas em aparelho público estão sob tutela. Só ordem judicial pode quebrar esse sigilo. O titular do direito de uso da linha telefônica não pode interceptar comunicações telefônicas que outras pessoas realizam, utilizando sua linha. Nem sequer ele pode autorizar a interceptação: só o Juiz. Aliás, é crime realizar interceptação de comunicação telefônica sem ordem judicial (artigo 10).

Destacamos, que o sigilo das comunicações telefônicas só pode ser quebrado, em suma, por autorização judicial. Essa regra só não vigora nas hipóteses de estado de defesa (CF, artigo 136, § 1º, I, "c") e estado de sítio (CF, artigo 139, III) e não se trata de ordem de qualquer juiz, senão do "competente", que é expressão do princípio do juiz natural.

O verdadeiro significado do princípio do juiz natural é duplo, visto que proíbe juízo ou tribunal de exceção e ainda significa que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. No que diz respeito aos juízos de exceção, a proibição constitucional quer evitar que a lei crie órgãos ou juízos para decisão *ad hoc* de determinadas causas.

Em síntese, a proibição de subtrair o jurisdicionado do juiz natural pode ser traduzida no seguinte: "depois do fato, que irá dar lugar (no futuro) a uma causa judicial, ou que já deu lugar a ela (causa já iniciada ou pendente), não se pode substituir ou alterar a competência do tribunal (juiz natural) ao qual a lei anterior atribui tal fato, para transferi-la a outro tribunal (ou juiz) que receba essa competência depois do fato...já a proibição de submeter o julgamento a comissões especiais significa, com mais clareza, criar organismos *ad hoc*, ou *ex post facto* ou especiais, para julgar determinados fatos ou determinadas pessoas, sem a generalidade e permanência próprias dos tribunais judiciais."⁵⁸

5.5.7 Juiz da Ação Principal

Para se determinar uma interceptação telefônica é necessário, conforme exigência, ordem de juiz competente; porém, a Lei 9296/96 foi mais longe: exige ordem de juiz competente da ação principal.

A exigência da lei de que a autoridade judicial seja a competente para a "ação principal" tem sua razão de ser: a interceptação é medida cautelar que envolve o sigilo das comunicações, isto é, a intimidade, a vida privada das pessoas. Por isso, tudo deve ser feito em "segredo de justiça", para que poucos tenham conhecimento das incontáveis comunicações telefônicas do investigado ou acusado. Não quer a lei que muitos juízes venham a participar dessa medida cautelar, visto que estão em jogo direitos fundamentais, que constituem a base para o desenvolvimento da personalidade do sujeito. A revelação de uma comunicação telefônica que nada tem a ver com o que se investiga, pode arrasar a vida de uma pessoa.

Questiona-se, doutrinariamente, o fato da autorização ser dada por um juiz aparentemente competente e depois ser verificada que não era. Nesses casos, deve-se aplicar, desde logo, a regra *rebus sic stantibus*. Se havia *fumus boni iuris* em relação a um determinado órgão jurisdicional, fato superveniente, que altera a competência, não invalida a medida cautelar.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.153.

5.5.8 Intercepção sob Segredo de Justiça

Por força do artigo 1º da lei 9296/96, a interceptação telefônica deve concretizar-se "sob segredo de justiça". Essa determinação legal possui ao menos tríplice significado: em primeiro lugar, em razão da lógica do razoável, esse segredo, num primeiro momento, tem como destinatário o investigado ou investigados e seus defensores (caso já tenham sido constituídos), isto é, a interceptação deve realizar-se sob segredo interno absoluto, diante deles; deve ser preservado o sigilo absoluto da medida durante "as diligências, gravações e transcrições respectivas" (artigo 8º). Não importa se a medida cautelar venha a ser determinada durante as investigações ou durante o processo penal. Em qualquer que seja o momento, será levada a efeito "sob segredo de justiça" frente ao investigado, pois do contrário nenhum resultado útil se extrairia da interceptação telefônica.

Impõe-se realçar, desde logo, que esse segredo interno (para as partes, mais precisamente frente ao investigado) só perdura durante as diligências, gravações e transcrições. Uma vez constituída a prova deve ser levantado o segredo frente ao investigado e seu advogado, mesmo por que, se ele deseja discutir em Habeas Corpus, por exemplo, esse meio probatório, só pode fazê-lo conhecendo o que foi captado. Do contrário haveria ofensa ao princípio da ampla defesa.

O segundo significado do segredo de justiça consiste em que a interceptação telefônica é medida cautelar inaudita altera pars. Não se ouve a parte contrária (o investigado) antes de sua adoção. Disso se deduz que o contraditório, nesse meio probatório, vem depois, é diferido; não se concretizando no instante da colheita da prova, senão posteriormente. A justificativa dessa característica da interceptação telefônica, e que serve de base também para o segredo interno, reside no interesse público da justiça, isto é, na busca da verdade real ou material, assim como na eficácia da repressão penal. Em jogo está uma garantia institucional do direito fundamental à segurança e, conseqüentemente, à liberdade.

Já o terceiro significado do "segredo de justiça" apoia-se na denominada publicidade interna restrita, significa dizer, mesmo depois de levantado o segredo interno para o investigado, não é qualquer pessoa que pode tomar conhecimento das diligências, gravações e, sobretudo, transcrições. Deve ser preservado, mesmo assim, o sigilo (artigo 1º). A princípio sabem da medida cautelar o juiz, a autoridade policial, o responsável pelo

serviço técnico especializado da companhia telefônica e o Ministério Público. Levantado o segredo interno, passa-se para a segunda fase que é a publicidade interna restrita, isto é, agora também o investigado e seu advogado dela tomará ciência.

Como se percebe, no tocante a esse meio probatório, que é muito peculiar, não vigora a publicidade externa, tampouco a publicidade interna irrestrita, pois não é qualquer advogado que pode efetuar a consulta, senão o constituído pelo investigado ou para ele nomeado.

Por inúmeras razões justifica-se essa publicidade interna restrita da interceptação telefônica. Estão implícitos incontáveis valores fundamentais da pessoa, destacando-se, dentre eles: a honra do investigado; a sua presunção de inocência; o direito ao processo justo, isto é, direito a um processo sem 'julgamentos paralelos' da imprensa; a privacidade e segurança da vítima; a privacidade e segurança das testemunhas e, particularmente, a privacidade de todos que se comunicam com o investigado. De outro lado, é restrita a publicidade do resultado da interceptação por que quem dele toma ciência passa a ter o dever de guardar segredo de justiça, não podendo quebrá-lo, sob pena de incidir em crime, nos termos do artigo 10. Do ponto de vista de todos os interessados no sigilo, fala-se em "direito à reserva", que consiste na obrigação de quem teve conhecimento do segredo de não revelá-lo.

5.6 Pressupostos da Interceptação: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*

Os requisitos exigidos pela Lei para a autorização da interceptação estão arrolados no artigo 2º, caput, e seus incisos. Porém, o aludido dispositivo, traz algumas exceções para a autorização da interceptação. A lei, ainda, traz a exigência da comprovação de que a interceptação é necessária para a apuração da infração, ou seja, exige o requisito da necessidade.

O inciso I, do artigo 2º, exige como pressuposto para a autorização da interceptação, que haja indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, equiparável ao *fumus boni iuris* do processo civil. O Código de Processo Penal subsidia os operadores jurídicos, ao estabelecer, no artigo 239, que "considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."

Registre-se que a Lei 9296/96, no artigo 4º, caput, dispõe que o pedido de interceptação conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração. Importante que, também nesse dispositivo, fica destaca a questão da "necessidade" como requisito para o deferimento judicial.

Nesse sentido destacamos o entendimento doutrinário de Lenio Luiz Streck

Quer me parecer, entretanto, até porque a Lei trata da invasão na esfera dos direitos fundamentais, que melhor seria que o Poder Legislativo, justamente para um melhor resguardo dos direitos fundamentais da intimidade e privacidade, tivesse usado a expressão indispensável, o que tornaria a dicção da Lei mais condizente com o conhecido *periculum in mora*, de uso comum em nosso Direito.⁵⁹

Importante ressaltar, que o inciso II do artigo 2º não se admite interceptação quando "a prova puder ser feita por outros meios disponíveis", restando claro que a interceptação somente poderá ser deferida por "exceção absoluta", ou seja, quando for indispensável para a apuração da infração.

5.7 Procedimento da Interceptação

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

A providência pode ser determinada para a investigação criminal e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal. A competência para deferir a medida é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta. Tem sido admitida, por força da lei de organização judiciária estadual, em comarcas complexas, a existência de juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia, como a concessão de fiança, o relaxamento do flagrante e o habeas corpus contra a autoridade policial, as quais também tornariam preventivo o juízo da ação principal nos termos do Código de Processo Penal e da orientação jurisprudencial dominante.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.53.

A interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Portanto, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois de instaurado. Nessa segunda hipótese surgirá a indagação a respeito da ciência ao réu em virtude do contraditório e da ampla defesa. Mas é óbvio que a interceptação somente pode ser sigilosa, sem conhecimento do réu, visto que o contraditório, no caso, dar-se-á "a posteriori", mediante a possibilidade de ser a prova contraditada, impugnada e discutida antes da sentença. Em qualquer caso, deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Para evitar violação ao direito de intimidade e privacidade das pessoas e ao sigilo das correspondências, a medida deve ser cercada de precauções, inclusive em face de eventual responsabilização pelo crime do artigo 10 da lei. Assim, ao deferir a providência, deverá o juiz determinar também a forma de execução e as cautelas que devem ser tomadas e, poderá determinar, entre outras coisas, que seja feita a interceptação exclusivamente por intermédio da concessionária de serviço público ou que se faça a identificação precisa de todas as pessoas envolvidas na diligência.

O pedido de interceptação deve, em regra, ser feito por escrito, mas, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, caso em que a concessão da autorização será condicionada à sua redução a termo. Também deverá o juiz ordenar a lavratura de termo se a interceptação for determinada de ofício, a fim de que se possa cumprir o disposto no art., 8º, qual seja a formação de procedimento a ser autuado em apenso.

A decisão do juiz, a ser tomada no prazo máximo de 24 horas, deverá obrigatoriamente ser fundamentada sob pena de nulidade e deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder de 15 dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo por que 30 dias pode ser um prazo insuficiente.

O deferimento, ou não, da medida, não depende de audiência prévia do Ministério Público, o que, se fosse obrigatório, em caso de urgência, poderia tornar inútil a medida. Todavia, não havendo esse risco, considerando-se ser o Ministério Público o titular da ação

penal e o fiscal da aplicação da lei, será de toda conveniência a sua audiência prévia, inclusive para a segurança da utilização da prova posteriormente.

6. DISPOSIÇÕES SOBRE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º

Dispõe o parágrafo único do artigo 1º

O disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática.

Importante ressaltar que mal entrou em vigor a Lei 9296/96 e as primeiras controvérsias já se eclodiam. Dentre elas, uma das mais destacadas gira em torno do disposto no referido parágrafo único do artigo 1º, que manda aplicar a citada lei à "*interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*"

A primeira dificuldade que apresenta o dispositivo concerne à exata compreensão da palavra "telemática". Segundo os dizeres de Luiz Flávio Gomes:

é a ciência que cuida da comunicação (transmissão, manipulação) de dados, sinais, imagens, escritos e informações por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de telecomunicação. Sucintamente, a telemática é telecomunicação (qualquer uma das suas variadas formas) mais informática.⁶⁰

No mesmo sentido, destaca o mesmo Doutrinador:

Hoje, na verdade, praticamente todas as formas de telecomunicação clássicas (telefonia, radiologia e telegrafia) já estão conjugadas com a informática. O processo teve início em 1968, mas foi em 1974 que surgiu o "sistema telefônica inteligente unido com os microprocessadores".⁶¹

A descoberta do modem promoveu a mais íntima conexão entre informática e telefonia; logo depois veio o fax modem. O elo, que já é possível, entre a informática e o telefone celular, no fundo, significa a união da informática com a radiofonia⁶².

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.165.

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² Ibidem, p.165/166.

Salientamos que a maior novidade em termos de "comunicação telemática" está na possibilidade, já concreta e real, de se transmitir e receber dados, imagens, escritos, sinais e informações por uma novel forma de telecomunicação independente, sem o uso da telefonia ou radiofonia.

Como se sabe, já é perfeitamente possível hoje uma comunicação entre computadores, sem a utilização dessas formas clássicas de telecomunicação, isto é, com o emprego de um sistema autônomo, que pode concretizar-se por cabos ou fibra óptica ou satélite ou pelo sistema infravermelho.

São dois os processos de "comunicação telemática" independente: LAN (*local area network*) e WAN (*wide area network*); respectivamente, rede local (até dez quilômetros) e rede remota (acima de dez quilômetros). Funcionam com base em *software* (são os programas que, utilizando hardware computados, executam as diferentes tarefas necessárias ao processamento de dados) e *hardware* (em inglês significa equipamento pesado. É a parte física do computador, ou seja, componentes de memória, periféricos, cabos, placas e chips fazem parte dele) isolados, quer dizer, independentes da telefonia. Verifica-se, assim, pelo que foi exposto, que podemos ter uma "comunicação telemática" por via telefônica (informática mais telefone, por exemplo, modem) ou por via independente, sem o uso de telefone.

Destacamos o entendimento doutrinário de Luiz Flávio Gomes no seguinte sentido

o caput do artigo 1º da lei ora enfocada refere-se a 'comunicação telefônica'. Sobre qualquer tipo de comunicação telefônica (transmissão de voz, de sons, de imagens, de dados, sinais, etc.) pode haver interceptação, consoante nossa conclusão. Mesmo porque, a lei mencionou 'comunicação telefônica de qualquer natureza'. O parágrafo único desse mesmo artigo 1º, manda aplicar 'o disposto na lei' também à 'interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática'. Dito de outra maneira: a lei tem incidência nas chamadas 'comunicações telemáticas', que são comunicações que resultam do uso combinado de qualquer forma de telecomunicação com informática. No que concerne às 'comunicações telemáticas' por telefone, parece-nos indiscutível a incidência da lei, porque no fundo não passa de uma comunicação telefônica. Como o artigo 1º dispõe sobre comunicações telefônicas de qualquer natureza, está claro, conforme nosso juízo, que aí também estão inseridas as comunicações telefônicas que resultam da combinação da telefonia com a informática.⁶³

A respeito, ressaltamos a magistral lição de Damásio E. Jesus, verbis

⁶³ Ibidem p.167.

A Carta Magna, quando excepcionou o princípio do sigilo na hipótese de comunicações telefônicas, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio; quando usado dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona comunicações telefônicas, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de dados. É o caso do uso do modem. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, digitar e não falar.⁶⁴

Assim, não admitir que a comunicação telemática por telefone esteja sujeita à interceptação significa não só exprimir uma interpretação com um enorme atraso tecnológico-cultural, que não é infrequente; embora se reconheça que seja uma "desconfiança" fincada em razões de segurança na boa aplicação da lei, senão, sobretudo, retirar dos órgãos da persecução penal um instrumento valioso de investigação e de apuração da verdade real.

A propósito ressaltamos que não reputar como possível a interceptação, nos termos do parágrafo único do artigo 1º, sob a alegação de que a lei não pode avançar nada mais além da "conversação telefônica", significaria que também o artigo 10 da lei, então, seria ilegítimo, na parte em que cuida da informática e telemática, implicando na retirada do âmbito da tutela penal esse mundo de comunicação moderna, da qual atualmente nos valem.

A finalidade de restringir ao máximo a aplicação da Lei 9296/96, fundado no argumento de que ela restringe um direito fundamental (sigilo nas comunicações), seria chegar ao extremo de se alcançar algo exatamente oposto; visto que impõe-se para atentar que a Lei 9296/96 não só restringiu o direito ao sigilo nas comunicações, autorizando a interceptação, como também procurou tutelar esse valor fundamental, criminalizando a conduta de quem viola tal sigilo sem ordem judicial. Como podemos observar, trata-se de uma lei mista, que restringe e tutela o direito ao sigilo, ao mesmo tempo; visto que restringe ao permitir a interceptação e protege o sigilo ao dispor sobre a criminalização da sua violação.

Urge destacar que há uma grande reclamação doutrinária concernente à falta de tutela, principalmente penal do sigilo das comunicações, da intimidade e da privacidade.

⁶⁴ JESUS, Damásio E. *apud* GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.167/168.

Reivindica-se um direito penal que proteja o homem da invasão da informática. Porém, é bem verdade que, o artigo 10 não veio resguardar a intimidade frente à informática, em todos os seus aspectos. Cuidou-se da tutela da intimidade no instante da "comunicação telemática", ou seja, no momento em que estão sendo comunicados os dados, sinais, escritos, etc., não podem ser interceptados, captados, conhecidos. De qualquer modo, a tutela oferecida pelo artigo 10 já é algo relevante, pois pelo menos na hora em que estamos comunicando dados pessoais, informações, imagens, escritos, etc., ao menos nesse instante, contamos com a tutela penal. E na eventualidade de que sejam interceptados sem autorização judicial, há crime.

Em suma, é fundamental interpretar o parágrafo único do artigo 1º como juridicamente válido, e válido em toda a sua extensão, porque longe de estar ampliando uma restrição a direito fundamental, na verdade, estamos ampliando sua tutela. Resulta claro que a lei, de um lado, procurou preservar a intimidade na hora da comunicação telemática, e de outro, permitiu a sua interceptação. Mas esse é um inconveniente proporcional, porque para que isso ocorra é preciso ordem judicial escrita, motivada e que atenda todos os demais requisitos legais.

Questionamento maior poderia haver em relação às "comunicações telemáticas independentes". É bem verdade que a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XII, fala em "comunicações telefônicas" e o legislador acabou disciplinando um assunto que não envolve telefonia. Questiona-se se tal abordagem seria possível. O entendimento majoritário é no sentido de que sim, tendo em vista que o legislador pode disciplinar qualquer tema que cuide da convivência humana e das liberdades fundamentais. A intenção era regulamentar a parte final do inciso XII do artigo 5º da CF, tão somente, mas acabou fixando regras também para outras formas de comunicação, chamadas "comunicações telemáticas independentes".

Na atualidade pouco adiantaria exclusivamente a tutela penal das clássicas "conversações telefônicas"; urge a salvaguarda de todas as "comunicações telefônicas", aliás, de todas as formas de "comunicação". O que ocorre é que devemos contar com a certeza de que podemos nos comunicar com tranqüilidade no que se relaciona com o sigilo, sendo que se alguém captar qualquer tipo de comunicação, sem autorização judicial estará incorrendo em delito.

Majoritariamente, entende-se que a Lei 9296/96 incide sobre qualquer forma de comunicação, seja telefônica ou não; não versa exclusivamente sobre "conversação

telefônica" e alcança qualquer tipo de "comunicação telemática", seja por telefone ou por via independente, sem uso da telefonia. Qualquer tipo de comunicação telefônica ou telemática tanto está tutelada pelo artigo 10, como pode ser interceptada, desde que atendido todos os requisitos legais, sendo que, se assim não fosse, nenhum valor probante teria a interceptação feita diretamente pelo interessado.

6.1. A questão da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.296/96

A Lei 9296/96, de 24 de julho de 1996, regulamentando o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Antes do atual texto constitucional, a Carta Magna assegurava o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva. Paralelamente, estava em vigor o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4117/62, com o seguinte texto legal

"Artigo 57- Não constitui violação de telecomunicações:

I-)...

II-) o conhecimento dado:

a)...

e) ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste;

Parágrafo único: ..."

O referido artigo era questionado em face da Constituição então vigente, eis que esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional. Porém, não era esse, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias, que sustentavam a compatibilidade do artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a

qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, desde que em casos graves.

A Constituição Federal de 1988, pretendendo superar a polêmica, ao assegurar o sigilo das telecomunicações, dispõe o seguinte

Artigo 5º...

XII- é inviolável o sigilo das correspondências 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.

Destacamos que o problema a respeito da constitucionalidade ou não do parágrafo único do artigo 1º, depende da extensão que se dê à ressalva ao sigilo conforme o disposto no mencionado inciso XII do artigo 5º da CF, ou seja, se a expressão "no último caso" refere-se apenas às comunicações telefônicas ou também à transmissão de dados.

Do texto do referido dispositivo legal, extraímos duas interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão "no último caso", aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente à comunicações telefônicas.

A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo refere-se apenas à segunda situação, de modo que "último caso" corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações.

Já a segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão "último caso", admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas.

Importante ressaltar, antes de enfrentar a questão, que em qualquer das interceptações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência, considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo das correspondências como "último caso", a garantia é plena e incondicionada.

Sobre a constitucionalidade do parágrafo único já surgiram duas correntes antagônicas: a primeira sustenta a sua inconstitucionalidade; já a segunda advoga pela sua constitucionalidade "restrita".

Os adeptos da corrente, concernente à inconstitucionalidade, dizem que a incompatibilidade vertical da lei com a Magna Carta residiria, concomitante ou alternativamente, no seguinte: a Constituição Federal (artigo 5º, inciso XII), só permitiu a quebra do sigilo telefônico, assegurando de modo irrestrito o sigilo das correspondências, comunicações telegráficas e de dados; que a "comunicação telefônica" consiste somente na comunicação de voz entre interlocutores; toda comunicação em sistema de informática e telemática implica a transmissão de "dados" e quanto a estes o sigilo é absoluto; que o texto do dispositivo da lei é de caráter duvidoso, e por restringir a liberdade deve ser interpretado restritivamente, e que mencionado dispositivo viola a intimidade, sendo ilícita a prova colhida com base nele.

Os que proclamam pela constitucionalidade "restrita" do texto legal, em tela, afirmam: que o dispositivo é válido no que se relaciona com a comunicação telemática feita por telefone, por que nesse caso o que existe é uma comunicação telefônica. Argumentam, ainda, que a locução "comunicação telefônica" não se restringe à "conversação telefônica" e que a comunicação de dados está sujeita à interceptação, visto que não há garantia constitucional absoluta.,

Importante destacarmos que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, ADEPOL, através do seu Presidente, Wladimir Sérgio Reale, ingressou junto ao STF com Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN, versando sobre a questão da constitucionalidade, cujo relator do caso é o Min. Néri da Silveira. Fundamenta-se, dentre outros argumentos, num trecho do parecer do Senador Jefferson Peres, emitido quando da tramitação do projeto pelo Congresso Nacional, que diz: "Fica claro que a Constituição Federal só abre exceção para interceptação no caso de comunicação telefônica. Não encontramos justificativa razoável para que a norma constitucional tenha mantido inviolável, em qualquer caso, outras formas de comunicações diversas da telefonia...". A conclusão existente na petição da ADIN é no sentido de que qualquer ingerência na intimidade fora das comunicações telefônicas gera prova ilícita e, portanto, inadmissível.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria em debate, negando provimento cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1488, que pretendia expungir do texto da Lei 9296/96 o aludido parágrafo único do art. 1º, *in verbis*

Admitindo embora a relevância da tese defendida pela autora da ação direta, o Tribunal indeferiu, por falta de demonstração do *periculum in mora*, a medida cautelar requerida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, contra o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96, que regulamenta o artigo 5º, XII, da CF. Sustenta-se que a norma impugnada, ao permitir a 'interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática', estaria ofendendo o citado dispositivo constitucional, que, segundo a autora, só autoriza a quebra de sigilo das comunicações telefônicas.⁶⁵

Vicente Greco Filho afirma ser inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96. Para sustentar tal tese, discute se a expressão intercalada "no último caso", prevista no inciso XII do artigo 5º, refere-se apenas às comunicações telefônicas ou também à transmissão de dados. Assim, segundo ele, do texto do artigo 5º, XII da CF, que diz ser "*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial*" se extrai duas interpretações possíveis:

a ressalva, considerando-se a expressão 'no último caso', aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas. A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que 'último caso' corresponderia ao três últimos instrumentos de transmissão de informações.⁶⁶

A segunda hipótese interpretativa, continua o eminente Professor paulista

parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão 'último caso', admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas, pelas seguintes razões: 'se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como 'no último caso', mas como 'no segundo caso' (grifo meu).⁶⁷

Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas, e não a de dados e

⁶⁵ ADIN 1488 - UF, rel. Min. Néri da Silveira, 07.11.96 *apud* STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 49.

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit. p. 10, 11, 12.

⁶⁷ Op. Cit., p. 13.

muito menos as telegráficas; aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência". Assim, conclui o nobre doutrinador, ser

inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, pois não se trata, aqui, de se aventar a possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mas trata-se de interpretar a CF e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo.⁶⁸

Em posição contrária a de Greco Filho, encontramos o entendimento doutrinário de Lênio Luiz Streck⁶⁹

... não vislumbro inconstitucionalidade no dispositivo sob comento. O parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade 'comunicações telefônicas'. Ou seja, objetivou a lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade 'comunicações telefônicas'.

No mesmo sentido, esclareceu que o constituinte, ao utilizar a expressão "comunicações telefônicas", deixou claro que abarcava a possibilidade de o Estado interceptar "informes em tráfego", conforme bem lembra o Juiz Federal Ivan de Lira Carvalho⁷⁰e, caso quisesse limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas não teria usado a expressão "comunicações" *lato sensu*.

Como bem se sabe, com o avanço da informática, se permitiu a prática de comunicações via computador, por exemplo, a Internet, cujo veículo é o telefone. Já a telemática vem a ser a ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meio de telecomunicações. Hoje, já existe a comunicação via satélite, que passa a incorporar o meio de comunicações.

⁶⁸ Op. Cit., p. 13.

⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 46/47.

⁷⁰ CARVALHO, Ivan de Lira *apud* STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p.47.

Citando a obra de Sérgio Charlab, *Você e a Internet no Brasil*, Lira Carvalho esclarece que as comunicações implementadas por meio de fax modem, sendo este um dispositivo que permite a transmissão e a recepção de informações digitais de um computador para outro, por meio de linha telefônica, podem ser encartadas na previsão de telemática, prevista no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96⁷¹. Por isso, com acerto, assinala Parizatto⁷²: "*qualquer, pois, que seja o meio utilizado para comunicação, será possível a interceptação para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, sendo o caso*".

Para Lenio Luiz Streck⁷³ "*não se discute se a expressão contida no inciso XII 'no último caso se refere somente às comunicações telefônicas ou também aos dados'*". Neste ponto, o ilustre douto concorda com Greco Filho, pois os dados, que são estáticos, e não em trânsito pela modalidade "comunicações telefônicas", estão protegidos pelo absoluto sigilo; assim como a correspondência e as comunicações telegráficas.

Segundo a magistral lição de Scarance Fernandes⁷⁴

as interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática somente serão admitidas quando feitas via telefonia, para transmissão de mensagens entre dois usuários, como no sistema 'modem'. Não contudo, a entrada em computador alheio, para acesso aos dados nele registrados, os quais, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XII, são invioláveis.

Salientamos, segundo Scarance, não ser possível confundir dados estáticos com dados em tráfego, pois uma coisa são os bancos de dados, protegido pelo sigilo e outra coisa são tais dados, cujo conteúdo se relacionam a crimes, passados, via informática. Assim, se houver suspeita de que algum destes dados guardam relação com crimes, ou quando o objeto da transmissão forem os próprios dados violados, não há dúvida de que poderão ser objeto de interceptação, com base no parágrafo único do artigo 1º; pois se assim não fosse, chegaríamos ao absurdo de que, tendo alguém violado um banco de dados, protegido pelo sigilo e, telematicamente, os envia a outra pessoa, não se poderia interceptá-los e, tampouco, descobrir o criminoso e, o mais importante, colher a prova da violação. Dito isso, é razoável afirmar que, neste caso, a interceptação será a proteção que

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit.. p. 47.

⁷⁴ FERNANDES, Antônio Scarance *apud* STRECK, Lenio Luiz. Idem, p.48.

o lesado tem para a descoberta e punição do violador. Entra aí exatamente a eficácia máxima que se deve dar aos direitos fundamentais de sigilo.

Assim, por todo o exposto entende Scarance Fernandes que o conteúdo disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96, não é inconstitucional, sendo um dos adeptos da corrente optante pela constitucionalidade "restrita" do referido dispositivo legal.

Luiz Flávio Gomes⁷⁵ ressalta, com a devida venia, que o texto legal é legítimo, valendo o que nele está escrito. Dispõe que a Lei 9296/96 tem incidência em qualquer forma de comunicação telefônica, assim como nas comunicações telemáticas, independente do uso da telefonia e que a CF só exigiu, explicitamente, lei regulamentadora no que concerne às comunicações telefônicas; mas isso não exprimia impedimento para que o legislador disciplinasse outras formas de comunicação, pois cuidando-se de direito fundamental (sigilo das comunicações, intimidade), somente o legislador é que poderia restringi-lo.

Bastante oportuna, a propósito, é a lição de Celso Bastos⁷⁶

O sigilo da correspondência está hoje estendido, como vimos, às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. A despeito deste caráter analítico da enunciação, é forçoso reconhecer que outras modalidades de comunicação estarão também incluídas, como por exemplo aquele que se verificar por meio de telex... uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidade aos 'dados'....Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis.

A questão central, segundo o constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais⁷⁷. Algumas normas constitucionais prevêem expressamente a possibilidade de limites a direitos fundamentais, caso típico é o inciso XII. Outras normas não contam com a previsão de restrição, sendo que nem por isso foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Não existem direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida, que é o mais relevante, é totalmente intangível.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.173.

⁷⁶ BASTOS, Celso *apud* GOMES, Luiz Flávio. Idem, p.173.

Conforme o constitucionalismo moderno, não existe direito absoluto e o fundamental não é saber se o legislador pode ou não restringir um direito, senão se o faz de maneira excepcional e proporcional, para resolver problemas concretos difíceis e ocorrentes na colisão de direitos fundamentais.

Um dado importante e que não pode ser ignorado consiste em que a Lei 9296/96, se de um lado significa ingerência no sigilo das comunicações, por que autoriza a interceptação de qualquer tipo de comunicação telefônica ou telemática, de outro, também representa a tutela desse direito (art. 10). É uma norma restritiva de um direito, não se nega, mas também é uma norma de garantia, porque reconhece e assegura um certo âmbito de proteção ao direito fundamental da intimidade e do sigilo das comunicações. É melhor contar com a tutela penal relacionada com qualquer tipo de comunicação, telefônica ou telemática, embora haja possibilidade legal de ingerência, mediante autorização judicial, que não ter nenhum tipo de proteção. É preferível saber que nossas comunicações telefônicas ou telemáticas não podem ser interceptadas por ninguém, salvo ordem judicial, que sujeitá-las a todo tipo de ingerência arbitrária, tais como: grampeamentos particulares ou públicos. É muito mais salutar, enfim, saber que nossas comunicações só podem ser captadas por ordem judicial, e desde que respeitados os limites da lei, que viver sob a intranqüilidade das devassas e invasões abusivas e arbitrárias, feitas sem lei e sem proporcionalidade.

Assim, conclui Luiz Flávio Gomes⁷⁸

que o parágrafo único em questão é absolutamente legítimo, inquestionavelmente constitucional. Estão regidas pela Lei 9296/96 tanto as comunicações telefônicas como as comunicações telemáticas, independentes da telefonia, seja no que pertine à possibilidade de restrição, interceptação mediante autorização judicial fundamentada e proporcionada (art.1º, parágrafo único), seja no que concerne ao aspecto de 'garantia', de proteção da intimidade e do sigilo dessas comunicações (art.10), configurando crime qualquer incursão abusiva na intimidade alheia. Pensar de modo diferente significa tratar o comunicador brasileiro como sujeito com menos direitos que os comunicadores dos países europeus, que disciplinaram escorreitamente o assunto.

⁷⁷ BARROS, Suzana de Barros *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*, p.173.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.*, p.176.

Ainda, atinente ao tema da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96, destacamos a respeitável argumentação do nobre Secretário de Justiça, Alexandre de Moraes⁷⁹, que expõe sua tese defensiva com as seguintes palavras

a interceptação das normas constitucionais exige que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade. Assim, apesar de a exceção constitucional (CF, art. 5º, XII, *in fine*) expressamente referir-se somente à interceptação telefônica, nada impede que nas outras espécies de inviolabilidade haja possibilidade de relativização da norma constitucional, como por exemplo, na permissão da gravação clandestina com autorização judicial, pois entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências, das comunicações e de dados, sempre que essas liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, pois como salienta o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 'afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados pelo motivos que o justificam' (Câm. Esp., MS nº 13.176-0/2, rel. des. Dinio Garcia). Finalmente, o fato da ementa da lei afirmar que 'regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal', de forma alguma impede que o texto legal discipline outros assuntos, uma vez que a lei que veicula matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa, por só esse motivo, não ofende qualquer postulado constitucional, não vulnerando tampouco as regras de processo legislativo constitucional, pelo que excluída da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pois inexistente no vigente sistema de direito constitucional brasileiro regra idêntica à prevista pelo art. 49 da Constituição Federal de 1934. Em conclusão, entendemos pelos motivos já expostos que, inexistente qualquer inconstitucionalidade da norma de extensão prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/96, de 24.07.96, que expressamente determina: 'o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática'.

Em assim sendo, concluímos que a disposição do mencionado parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96, com prevalência doutrinária, é constitucional podendo a interceptação também ser estendida "à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática".

⁷⁹ MORAES, Alexandre. *Boletim IBCCrim* nº 45, p.15.

7. OS CRIMES DO ARTIGO 10

Com o objetivo de sancionar a violação do sigilo das comunicações telefônicas, o artigo 10 institui crime assim redigido

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

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

Na verdade, dois são os crimes previstos no dispositivo em análise: realizar interceptação indevidamente e quebrar o segredo da Justiça. Os momentos de sua possível ocorrência são diferentes, os agentes, em princípio, serão diferentes, de modo que serão tratados separadamente.

Como se sabe, a interceptação é a violação feita por terceiros em face de dois interlocutores, não se aplicando, pois, à conduta unilateral de um deles. O crime consuma-se com o ato de interceptar, ou seja, intervir, ingressar em, independentemente de a conversa vir a ser gravada. Em tese admite-se a tentativa. Não se trata de crime próprio, sendo que qualquer pessoa pode cometê-lo.

Um elemento normativo e um elemento subjetivo integram o tipo: "sem autorização judicial" é o primeiro e "com objetivos não autorizados em lei" é o segundo. Esses elementos são alternativos, ou seja, a existência de qualquer deles caracteriza o crime. Em outras palavras, ainda que a interceptação seja judicialmente autorizada, se a finalidade não é a de investigação criminal ou instrução processual penal ocorre a infração; reciprocamente, se a interceptação é feita com essa finalidade, mas sem a autorização judicial, também incide a norma penal. Porém, na primeira situação, inclui-se a conduta da autoridade que falseia dados ao juiz e obtém a autorização de interceptação em caso que, se revelada a verdade, tal autorização não seria concedida.

A expressão "sem autorização judicial" significa a realização da interceptação, independente da decisão judicial prevista na lei e por meio do procedimento nela previsto. Atente-se que o dispositivo não exige prévia autorização judicial, do qual se depreende que, se realizada a interceptação sem ela, se obtida posteriormente deixa de existir a

infração. Já "com objetivos não autorizados em lei" significa a interceptação sem que seja para investigação criminal ou instrução processual penal, em crime de reclusão ou sem os demais requisitos e pressupostos da concessão da medida como previstos na lei e na Constituição.

O crime se consuma com a interceptação, ou seja, com a escuta realizada por terceiro da conversa entre outros interlocutores, qualquer que seja o meio técnico utilizado e independente da revelação da comunicação a outrem. A divulgação do conteúdo da comunicação é mero exaurimento do delito. O crime é doloso, admitindo como qualquer delito dessa natureza o dolo eventual e, também a co-autoria ou participação, cuja pena é a de reclusão, de dois a quatro anos.

O segundo crime previsto no artigo 10 consiste em quebrar o "segredo de justiça". Trata-se, por interpretação sistemática, de quebra do segredo instituído pela própria lei, ou seja, o relativo ao procedimento de interceptação telefônica, não se referindo aos demais casos de segredo de justiça que podem ocorrer no processo penal e no processo civil. Para estes, a violação mantém-se regida pelo crime do artigo 325 do Código Penal.

O crime de quebra do segredo de justiça é crime funcional, crime próprio, portanto, em que o sujeito ativo é o funcionário que se vincula, de qualquer maneira, ao procedimento da interceptação. Ao acusado ou seu defensor não se aplica o dispositivo por que não tem o dever jurídico de preservar segredo de justiça. O defensor pode, eventualmente, incidir em violação de sigilo profissional.

A infração se consuma com a revelação do conteúdo do procedimento de interceptação ou com a consciente concordância em que terceiros dele tome conhecimento. Em tese admite a tentativa, a co-autoria e a participação. O crime é doloso, comportando, também, o dolo eventual.

8. ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOBRE "PROVAS"

Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, elaborou o seguinte Anteprojeto sobre provas, alterando parte das disposições hoje contidas no Código de Ritos, cuja proposta propõe alteração dos artigos 155, 156, 157, 159 e 212 do Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. A seguir, a íntegra do Anteprojeto

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os artigos 155, 156, 157 do Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz.

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º. Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.

Art. 2º. O artigo 159 do Decreto-Lei nº3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º. Na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, escolhidas, de preferência, dentre as que tiverem habilitação técnica.

§ 2º. Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º. Serão facultadas ao Ministério Público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, que atuará a partir de sua admissão pelo juiz.

Art. 3º. O artigo 212 do Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem redação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.”

8.1 Exposição de Motivos

A Constituição de 1988, ao garantir "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa*" (art. 5º, inciso LV), assegura às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão.

Por esse motivo, o anteprojeto propõe nova redação ao art. 155 do Código de Processo Penal, deixando bem claro que não podem ser reconhecidos como provas – e portanto capazes de servir à formação do convencimento judicial, os elementos colhidos sem aquelas garantias, como ocorre em relação aos dados informativos trazidos pela investigação, que devem servir exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e à concessão de medidas cautelares pelo juiz. Excetuam-se apenas as provas produzidas antecipadamente, as cautelares e as irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.

Com relação as provas antecipadas, é também sugerida alteração no texto atual do art. 156, não só para deixar claro que as mesma podem ser ordenadas de ofício pelo juiz, mas sobretudo para indicar quais os pressupostos de tal determinação: urgência, relevância, necessidade, adequação e proporcionalidade.

A proposta de outra redação para o art. 157, igualmente decorre da necessidade de adequar o estatuto processual à Constituição.

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988, consolidou a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. E a doutrina entende por prova ilícita a colhida infringindo normas ou princípios colocados pela Constituição, para proteção das liberdade públicas e dos direitos da personalidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art.5º, XI, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus tratos (art.5º, III, da CF), as colhidas com infringência à intimidade (art.5º, X, da CF) etc.

Diante disso, é oportuno que a lei processual penal fixe as balizas da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, em qualquer hipótese, conceituando-as e tomando posição quanto à proibição de sua utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas conseguida por intermédio provenientes de provas ilicitamente colhidas.

8.2 Comissão de Reforma do Código de Processo Penal

Com relação à prova pericial, o anteprojeto busca simplificar a realização das perícias, notadamente nas regiões mais distantes e desprovidas de recursos, de modo que se elabore regramento simples para o caso de inexistência de perito oficial na região.

Ao mesmo tempo, com a possibilidade de indicação de assistente técnico pelas partes, busca-se melhor assegurar o contraditório, aproximando a disciplina da perícia no processo penal com aquela já adotada no processo civil.

Finalmente, com objetivo de agilizar o procedimento de produção da prova testemunhal, atendendo igualmente à exigência do contraditório mais efetivo, é proposta alteração do art. 212, cabendo às partes a formulação direta de perguntas à testemunha, sem prejuízo do controle judicial e da complementação da inquirição pelo juiz".

Como se observa, no que tange as provas, o anteprojeto do Código de Processo Penal buscou reiterar as disposições constitucionais no sentido de negar seguimento ao processo que tenha em seu corpo prova colhida ilicitamente ou por derivação.

O anteprojeto dispõe que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório judicial", porém define que tais provas se colhidas ilicitamente deverão ser desentranhadas do processo, pois são inadmissíveis, todas as

provas obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais. Tal disposição só vem reiterar disposição constitucional, no sentido de sempre garantir às partes no processo, judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Segundo a nova redação do artigo 157, parágrafo terceiro, "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença".

Entendemos no sentido de que o magistrado ao conhecer processo eivado de prova ilícita, deverá a este dar prosseguimento, notificando as partes da existência de provas ilícitas, desentranhando-as, evitando-se assim o ocorrência de prejuízos às partes. Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, tomadas todas as providências cabíveis, deverá o magistrado, então, proferir a sentença.

8.3 Comentários sobre Art. 157, § 3º do Anteprojeto

O art. 157, conforme projetado, passará a tratar das provas ilícitas, regulamentando, assim, no Código de Processo Penal, o princípio constitucional que as proíbe.

E, especificamente no § 3º, a comissão propôs a seguinte redação: "*o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença*", o que consideramos louvável sob todos os aspectos, porque se a prova ilícita é proibida, caso a mesma venha para os autos, o juiz que dela tomar conhecimento, poderá se influenciar e pouco adiantaria o seu desentranhamento, como disposto no "caput" do art. 157.

Porém, ousamos discordar da notável Comissão que elaborou o Anteprojeto, porque se é certo que o juiz que tomou conhecimento da prova ilícita, não pode julgar o processo, entendemos que ele também não poderá continuar presidindo a instrução criminal, porque não se olvida que poderá – influenciado pelo que viu nas provas desentranhadas – conduzir o restante da prova e, nesse sentido, de nada adiantaria ele apenas deixar o feito no momento do *decisum*.

Assim, propugnamos que sempre que o juiz analisar a prova e aceitar ser a mesma ilícita, com ela deverá deixar o processo, passando-o para o seu substituto automático que, com evidente imparcialidade e sem qualquer possibilidade de ser influenciado por aquela prova, terá todas as condições para concluir a instrução criminal em um processo sem mácula.

9. CONCLUSÃO

A previsão constitucional do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, modificou toda a análise das provas, principalmente se foram obtidas de forma ilícitas.

Quis o Legislativo demonstrar que para se fazer justiça não há a necessidade de apresentar nos autos, provas sem qualquer valor probante e que as provas ilícitas deverão, imediatamente ao conhecimento, serem desentranhadas do processo.

No que tange a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, embora tenhamos nos defrontados com correntes doutrinárias que proclamam pela inconstitucionalidade, maior destaque foi dado à corrente de pensamento adepta a constitucionalidade do dispositivo legal, pois não admitir que a comunicação telemática por telefone esteja sujeita à interceptação significa não só exprimir uma interpretação com um enorme atraso tecnológico-cultural, que não é infreqüente; embora se reconheça que seja uma "desconfiança" fincada em razões de segurança na boa aplicação da lei, senão, retirar dos órgãos da persecução penal um instrumento valioso de investigação e de apuração da verdade real.

Como se denota, a Lei 9296/96 não só restringe o direito ao sigilo nas comunicações, autorizando as interceptações, como também procurou tutelar esse valor fundamental, criminalizando a conduta de quem viola tal sigilo sem ordem judicial, embora, o artigo 10 da citada não resguarda a intimidade frente a informática em todos os seus aspectos.

Na verdade, buscou-se tutelar a intimidade no instante da "comunicação telemática", ou seja, no momento em que estão sendo comunicados os dados, sinais, não podem ser interceptados, conhecidos. Atualmente, restringe hipóteses de captação de dados, seria uma afronta direta aos direitos fundamentais dos cidadãos que estaria a mercê dos invasores do processo e da informatização.

Assim, a Lei 9296/96 incide sobre qualquer forma de comunicação, seja telefônica ou não; não versa exclusivamente sobre "conversação telefônica", e alcança qualquer tipo de "comunicação telemática", seja por telefone ou por via independente, sem uso da telefonia, ficando estendida até mesmo às comunicações realizadas via satélite.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Livros de estudos jurídicos**, Vol. V.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luís Flávio. **Interceptação telefônica: Lei 9296/96, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9296/96**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas ilícitas na constituição**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIMA, Victor Emidio Hag Mussi. **Da utilização da prova ilícita no processo penal**. 2000. 32f. Monografia (Graduação em direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa, Portugal: Livraria Clássica Editora, 1927.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da constituição federal: temas diversos**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, v. 2, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonand, 1970.

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Temas atuais de processo penal**. Campinas, SP: Copola Livros, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 21 ed., 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.