

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

RAFAELA RODRIGUES ANDRADE PRESTES

**AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COMO MEIO DE PROVA
E AS (POSSÍVEIS) MUDANÇAS FRENTE AO PROJETO DE LEI Nº
3272/2008**

Porto Alegre

2010

RAFAELA RODRIGUES ANDRADE PRESTES

**AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COMO MEIO DE PROVA
E AS (POSSÍVEIS) MUDANÇAS FRENTE AO PROJETO DE LEI Nº
3272/2008**

Trabalho de conclusão do curso de graduação
apresentado ao Departamento de Ciências
Penais da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Danilo Knijnik

**Porto Alegre
2010**

RAFAELA RODRIGUES ANDRADE PRESTES

**AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COMO MEIO DE PROVA
E AS (POSSÍVEIS) MUDANÇAS FRENTE AO PROJETO DE LEI Nº
3272/2008**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador
UFRGS

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de dezembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Professor Dr. Danilo Knijnik, por ter me acompanhado ao longo de todo o desenvolvimento da presente monografia, colaborando de forma essencial para sua elaboração. Agradeço-o, também, pela sabedoria compartilhada, não apenas quando da elaboração deste trabalho, mas também em todas as aulas por ele ministradas. Sua visão – com toda certeza - acabou por fazer crescer o encantamento por esse ramo que é o Direito.

Agradeço aos meus pais por sempre se fazerem presentes em todos os momentos com muito amor e carinho. Ao meu pai que, ao seu jeito, procurou sempre demonstrar o rumo certo a ser tomado e, de maneira precisa, nunca errou quando destas demonstrações. À minha mãe, em especial, pelo cuidado constante, pelo zelo, pela preocupação e, principalmente, pela dedicação incondicional. Agradeço também ao Vitor, que esteve ao meu lado nesse momento, apoiando e, constantemente, compreendendo as angústias que se faziam presentes a todo o tempo. Sem eles tudo teria sido bem mais difícil.

Agradeço aos amigos, para os quais tive de estar ausente nesse tempo, mas que com carinho e compreensão souberam entender a importância deste momento.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os colegas de trabalho, mas em especial ao João Luis, que sempre soube compreender e apoiar a dedicação que se faz necessária para que a jornada que aqui se encerra pudesse ser concluída da forma mais plena.

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de analisar a questão das interceptações como meio de prova em processo penal à luz do Projeto de Lei nº 3272/2008, uma vez que este inova sobremaneira a legislação atual vigente. Para tanto, far-se-á, primeiramente, uma breve análise da teoria da prova e suas especificidades mais pertinentes. Por se tratar de meio de prova em confronto com alguns direitos fundamentais; analisar-se-á, após, o direito à privacidade/intimidade previsto constitucionalmente, mas que, em virtude da regulamentação das interceptações telefônicas como meio de prova, acaba por ser relativizado. Em seguida, uma breve explanação referente à atual legislação sobre o meio de prova aqui analisado. Adentrando ao objeto principal de análise desta monografia, serão apresentados os entendimentos doutrinários e jurisprudências no tocante a três temas polêmicos e de extrema relevância para o âmbito das interceptações telefônicas: quais os crimes podem sofrer a quebra do sigilo telefônico, quanto tempo pode durar uma interceptação e como deve se proceder em relação à valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas telefônicas. Todo o estudo será complementado com a observação das recentes jurisprudências dos mais altos Tribunais, a fim de verificar-se se o Projeto de Lei possui como finalidade a positividade do entendimento doutrinário ou jurisprudencial no tocante aos assuntos objeto de análise.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Meio de prova. Projeto de Lei nº 3272/2008. Direito à privacidade. Tempo de duração. Conhecimentos Fortuitos.

Título: As interceptações telefônicas como meio de prova e as (possíveis) mudanças frente ao Projeto de Lei nº 3272/2008.

ABSTRACT

This study aims to examine the matter of telephone tapping as means of evidence in criminal proceedings in the light of Bill No. 3272/2008, since it excessively innovates the legislation in force. In order to do so, a brief analysis on the evidence theory and its most relevant characteristics will be made at first. Secondly, as this type of evidence collides with some fundamental rights, a review on the constitutional right of intimacy/privacy will be done, since it is to be softened because of the regulation on telephone tapping as a means of evidence. Subsequently, a brief explanation regarding the current legislation on evidence will be carried out. Concerning the main objective of this thesis, doctrinal understandings and jurisprudence regarding three controversial issues of extreme importance to the telephone tapping subject will be illustrated including the crimes that could be submitted to this kind of surveillance, the period of time that the interception could last and how the evaluation of random information obtained through wiretapping should be conducted. The entire study will be supplemented with recent rulings of the Higher Courts in order to verify whether this Bill intends to confirm the positivation of doctrinal or case law understanding as to the matters examined.

Keywords: Telephone Tapping. Evidence. Bill No. 3272/2008. Right to Privacy. Duration. Random Information.

Title: The telephone tapping as a means of evidence and the (possible) amendments in the light of Bill No. 3272/2008.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
I – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O SEU VALOR PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL.....	10
1. Breves considerações acerca da teoria da prova no Direito Processual Brasileiro.....	10
1.1. Conceito, função e meios de prova.....	10
1.2. Classificação das provas quanto ao objeto.....	14
1.3. Sistema inquisitório X Sistema Acusatório.....	15
1.4. Valoração probatória: o sistema da livre convicção ou persuasão racional.....	19
1.5. Das proibições de prova.....	21
2. Exceção ao Princípio da Privacidade / Intimidade.....	24
2.1. A privacidade e sua previsão constitucional.....	24
2.2. O artigo 5º, XII, da Constituição Federal e a restrição privacidade.....	26
2.3. O princípio da proporcionalidade como fundamento da restrição ao direito fundamental à privacidade.....	30
3. Interceptação telefônica: aspectos gerais.....	34
II - A LEI 9.296/1996 E AS (POSSÍVEIS) MUDANÇAS FRENTE AO PROJETO DE LEI Nº 3272 DE 2008.	41

1. Critérios autorizadores da quebra do sigilo das comunicações telefônicas.....	42
1.1. A necessidade da presença de indícios da autoria ou participação em infração penal.....	43
1.2. A ausência de outros meios de prova disponíveis.....	50
1.3. Infração penal punível com pena de reclusão.....	53
2. O tempo de duração.....	60
3. Dos conhecimentos fortuitos nas interceptações telefônicas.....	66
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83
ANEXO - PROJETO DE LEI N° 3272 DE 2008.....	87

INTRODUÇÃO

Temos em nossa Magna Carta a proteção da privacidade enquanto direito fundamental de todo cidadão. Da mesma forma, protege-se o sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, tanto a intimidade como o sigilo telefônico mereceram proteção constitucional.

Ocorre que a mesma Constituição Federal que protege, ao mesmo tempo autoriza - na forma estabelecida pela lei - a interceptação telefônica como meio de prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Atualmente, em função do crescimento constante da criminalidade, as interceptações telefônicas possuem considerável grau de importância como meio de produção de prova, já que planejamento, ordens e execuções de crimes invariavelmente passam por necessidade de comunicação entre os agentes; ocorrência esta ainda maior quando estamos no âmbito das organizações criminosas.

Tendo em vista essa dualidade de valores envolvidos – a privacidade de um lado e o “combate à criminalidade” de outro - procurou-se através deste trabalho elaborar um parâmetro da interceptação telefônica como meio de prova no processo penal.

A lei que tratou de regulamentar a quebra do sigilo telefônico foi a Lei nº 9296 de 24 de julho de 1996. No entanto, a mesma acaba por se demonstrar demasiadamente incompleta e defasada em alguns assuntos. Não obstante, talvez seja por essa razão que se vislumbra a existência de diversos projetos de lei com o intuito de revogar a lei atual. Por esta razão o presente trabalho tem como objetivo principal a análise, especificamente, do Projeto de Lei nº 3272 de 2008 a fim de demonstrar – ou não – se as mudanças ali previstas não acabam por positivar a posição da doutrina e dos tribunais.

O presente trabalho foi dividido em duas partes. A primeira parte se detém a tratar de assuntos de suma importância para o tema em questão: a teoria da prova, o direito à privacidade enquanto direito não absoluto e, por fim, características gerais da atual lei vigente da quebra do sigilo telefônico. Já na segunda parte, adentrar-se-á na análise principal do trabalho, uma vez que serão analisados os entendimentos doutrinários e jurisprudências e mudanças pontuais que são trazidas pelo Projeto de Lei objeto de análise.

A primeira mudança que se irá demonstrar refere-se à abertura do projeto no que tange aos crimes passíveis de ser objeto da quebra do sigilo telefônico. Atualmente, a legislação

atual permite que apenas os crimes que sejam apenados com reclusão possam merecer a ingerência na intimidade do investigado ou acusado. Critica-se o modelo adotado pelo ordenamento brasileiro por considerá-lo amplo e impreciso (pois não fixa taxativamente os crimes passíveis da medida cautelar), mas o projeto acabou por não só “esquecer” tal crítica como também ampliou o âmbito de atuação das interceptações.

A segunda mudança trata-se de uma dúvida bastante recorrente e de grande relevância nos tribunais: o tempo que pode durar uma interceptação telefônica. Neste seara sempre se entendeu que a medida deveria prolongar-se no tempo tanto quanto fosse necessária para a elucidação tanto da investigação como também na instrução processual penal. Fixou-se possível, portanto, a possibilidade de sucessivas prorrogações de uma única autorização para quebra do sigilo. O projeto de lei, aqui, acaba por solucionar essa questão de maneira expressa, pois optou por fixar o tempo máximo, independentemente da possibilidade de prorrogações.

Por fim, será analisada a questão dos conhecimentos fortuitos surgidos através das interceptações e qual o tratamento, ou melhor, a valoração, que pode ser dada aos mesmos. A lei vigente sequer regulamentou o assunto, razão pela qual tanto a doutrina como a jurisprudência acabam por adotar entendimentos já adotados por ordenamentos estrangeiros. Mais uma vez, aqui, o Projeto de Lei nº 3272 inova, trazendo – pelo menos – um “início” de solução sobre o tema.

I. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O SEU VALOR PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL

1. Breves considerações acerca da teoria da prova no Direito Processual Brasileiro

1.1. Conceito, função e meios de prova

O direito probatório, conforme demonstra a doutrina, possui uma “natural tendência ao subjetivismo”, característica esta que pode ser claramente evidenciada por um “certo desalento” presente em relação ao tema que, de certa forma, pouco é explorado.¹

Apesar desta peculiaridade no que tange ao tema das provas, o presente capítulo possui como objetivo apenas tecer algumas poucas considerações gerais sobre o tema, não servindo como meio de afastar esta característica.

Antes de conceituar a prova em si, faz-se necessário definir o que seja sistema processual, pois é através deste que a prova insere-se no mundo jurídico. Podemos entender como sistema processual o conjunto de princípios e regras constitucionais, caracterizadas conforme a situação política de cada Estado, no qual estabelece as diretivas capazes de guiar o emprego do direito penal a cada caso concreto. A garantia às normas e princípios é que fará com que a ordem normativa penal seja realmente efetiva, sendo o processo o meio pelo qual ocorrerá essa aplicação.²

O processo penal, integrante do sistema processual, é um meio de reconstruir, de forma aproximada, determinados fatos passados. Este instrumento de retrospectiva possui como destinatário o julgador, sendo uma forma de instruí-lo ao julgamento das causas que lhe chegam. Por meio desta ferramenta, é possível proporcionar ao juiz o conhecimento de um

¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 5. O mesmo autor destaca, ainda, que “tal marginalização doutrinária, contudo, tem lá suas razões de ser, prendendo-se, de um lado, ao caráter refratário da prova a enfoques exclusivamente jurídicos; e, de outro, à resistência, sobretudo dos operadores do direito, a submeter a matéria às características do discurso legal”.

² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 45.

fato através de uma reconstrução histórica. As provas, por sua vez, serão os meios pelos quais será feita essa reconstrução dos acontecimentos passados, quais sejam, os crimes. Portanto, prova pode ser definida como a forma através da qual poderá o julgador vislumbrar de forma aproximada os acontecimentos que fazem parte do processo que em suas mãos está para ser julgado.³

Desta forma, a função da prova judiciária é reconstruir os fatos investigados no processo. Busca-se, diante dela, “a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”. Trata-se de tarefa de grande dificuldade e, quiçá, impossível de ser cumprida de forma plena, pois se busca reconstruir uma verdade do passado.⁴

No entanto, a busca por essa verdade - por meio da reconstrução do fato delituoso - mesmo que de difícil acesso, trata-se de compromisso da atividade estatal jurisdicional. O poder de aplicar o direito é monopólio do Estado, portanto, irrenunciável será a tarefa de exercer a jurisdição que lhe é conferida. Rejeita-se qualquer outra forma de solução dos conflitos - sociais, coletivos ou individuais - pois se impõe a “atuação do direito” toda vez que se veja presente alguma questão penal, entendida como “a prática de determinada conduta, por alguém, definida em lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido”.⁵

Em função deste poder pertencente exclusivamente ao Estado (no âmbito das punições de natureza penal), encontra-se o poder judiciário que, através do processo, possui como intuito criar condições passíveis de formar o reconhecimento do julgador em relação aos fatos históricos objeto da demanda. A partir destas premissas produzidas, que se formará o convencimento a ser exteriorizado na sentença judicial.⁶

Por outro lado, é em virtude da existência desse monopólio estatal referente à atividade jurisdicional, que não se pode deixar de destacar um caráter político e, também, uma influência cultural do modelo de Estado em vigor em relação ao direito à prova.⁷ Segundo Danilo Knijnik esta tarefa possui fácil comprovação. Lembra o autor que enquanto a

³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 489.

⁴ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 317.

⁵ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 318.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 490.

⁷ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 7.

sociedade viveu sob a cultura de que o certo era evidenciado em função de magias ou mitos, o atual direito probatório como hoje existe entre nós, não faria o menor sentido de existir. Constatar que algo era verdadeiro ou real nesses tempos não possuía qualquer relação com um discurso racional que hoje estamos habituados; “os modelos de constatação dos fatos em juízo estavam condicionados pela forma de viver e pensar da época”, razão pela qual só podemos falar em “nascimento” de um direito probatório quando do abandono de tais concepções de caráter irracional e sobrenatural.⁸

Leciona o autor, ainda, que “se o homem moderno repele um ordálio como forma de revelar os fatos, o primitivo não acreditava na razão para fazê-los”. Trata-se de modelos cognoscitivos diversos, os quais variam em função do período histórico a que pertençam.⁹

Sobre o tema da verdade dos fatos procurada através das provas, dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira que:

(...) ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas conseqüências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser objeto da jurisdição penal.¹⁰

Com efeito, mesmo que se tente buscar a verdade da forma mais aproximada, impossível será afirmar que as soluções jurisdicionais não sejam passíveis de “inúmeros erros”, estes, claro, ocorridos de forma inerente ao ser humano. Desta forma, o fato jurídico em análise depende, em grande parte, de como é provado em juízo, não podendo esquecer que também podem ocorrer “eventuais desvios” que possam ocorrer quando da inclusão da prova no processo.¹¹

⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 8.

⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 9.

¹⁰ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 318.

¹¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 6-7.

Segundo Antonio Carrata¹², não são diretamente os fatos ocorridos no passado o objeto da prova judiciária “pela simples razão que não se pode provar a verdade/falsidade dos fatos, que podem ser apenas constatados no momento de sua ocorrência e, assim, podem ‘ser’ ou ‘não ser’, e não ‘serem verdadeiros’ ou ‘serem falsos’.” Em vista disso, serão objeto da prova os relatos, as afirmações que as partes demonstram perante o juiz em relação aos fatos passados.¹³

Apesar da existência dessa relatividade da verdade obtida no processo, não se pode vislumbrar a inexistência de uma relação entre prova e verdade. A relação existe, mas não de forma conceitual e, sim, através de um “vínculo teleológico” que se afirma através da finalidade existente em relação à prova judiciária. Seu fim é buscar a verdade, mas sem esquecer que “é preciso que o sistema e principalmente o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado”.¹⁴

Superado o tema da finalidade da prova como busca da verdade – mas sempre com a consciência de que ela é reconstruída e, portanto, aproximada – têm-se nos meios de provas a forma como a prova reproduzir-se-á dentro do processo judicial penal. Caracterizam-se por serem todos aqueles meios que, de forma direta ou indireta, o julgador se utiliza para formar sua convicção em relação aos fatos alegados pelas partes.¹⁵ São exemplos de meios de prova: o depoimento da testemunha ou do ofendido, a inspeção judicial, a perícia, os indícios, etc.

Neste seara, podemos destacar a vigência de um dispositivo do Código de Processo Civil no âmbito do processo penal, qual seja o art. 332. Dispõe o referido dispositivo que podem ser meios de provas todos aqueles previstos em lei e os moralmente legítimos, mesmo que não previstos em lei, mas hábeis para provar os fatos da lide. Seriam estas últimas as chamadas provas inominadas.¹⁶

¹² CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova*. Riv. Dir. Proc., Milano: Cedam, ano LVI, séc. série, nº 1, pp. 73-74, genn.-mar. 2001, *apud* KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 14.

¹³ CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova*. In: Riv. Dir. Proc., Milano: Cedam, ano LVI, séc. série, nº 1, pp. 73-74, genn.-mar. 2001, *apud* KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 14.

¹⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 14.

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 382.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 383.

1.2. Classificação das provas quanto ao objeto

As provas judiciárias podem ser classificadas em relação a diferentes critérios, podendo destacar-se as classificações quanto ao objeto, quanto ao sujeito e, ainda, quanto à forma¹⁷. A classificação que aqui será adentrada se refere àquela que diz respeito ao objeto de prova, uma vez que não se trata de assunto unívoco pela doutrina.

Segundo Paulo Rangel, podemos definir como sendo objeto de prova “a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor”¹⁸.

Acerca da classificação de provas quanto ao objeto, podemos classificá-las em diretas e indiretas. As provas diretas se referem, de maneira imediata, ao fato que se pretende provar; enquanto que as provas indiretas dizem respeito a episódio diverso do fato probando. A relevância das provas ditas indiretas encontra-se no fato de que por meio de um raciocínio indutivo tal acontecimento diverso faz com que se chegue àquele que se tem a ambição de provar. Por meio da prova direta se chegam a conclusões de maneira objetiva, resultado unicamente da informação; sendo que na indireta exige-se a utilização de uma construção lógica para que - através desta - seja possível se chegar a uma conclusão final, através de formulações hipotéticas, excludentes ou admissões.¹⁹ Podemos citar como exemplos típicos, as presunções e os indícios.

Todavia, afirma Aury Lopes Júnior que seria um erro a classificação acima explicitada. Para o autor, em função da imparcialidade que deve estar presente na figura do juiz, todas as provas devem ser consideradas como indiretas, porquanto não pode o julgador da causa possuir contato direto com a questão a ser julgada. Sendo a única forma que o órgão judiciário possui para tomar conhecimento do ocorrido, será constantemente através delas que o julgador formará para si como porventura ocorreu o fato - ora alegado como crime - que está diante de si para julgamento.²⁰

¹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 383.

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 381.

¹⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 24.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 490-491.

Nesse mesmo sentido, concorda Danilo Knijnik, quando afirma que a classificação das provas em diretas e indiretas seria “um mito interessante”²¹. Para o autor, nenhuma prova pode ser considerada puramente direta, sendo toda e qualquer prova possuidora em alguma medida de um caráter indireto. Por exemplo, em relação à prova testemunhal, quando a testemunha afirma que viu algo ao juiz, “só se pode chegar ao *factum probandum* através de um juízo de credibilidade sobre a pessoa do depoente (o depoente é pessoa honesta e proba, logo o que ele diz ter ocorrido realmente aconteceu), sendo onipresentes, destarte, uma inferência”.²² Ainda, contrapondo de um lado os indícios – considerados como provas indiretas – e de outro a prova testemunhal que presenciou o crime ora objeto do processo judicial – prova direta -, a jurisprudência possui entendimento no sentido de considerar ambas como de igual valoração. Tanto é verdade que, em muitos julgados²³, a condenação poderá ocorrer até mesmo através de indícios capazes de ensejar uma certeza fundada.

Por outro lado, apesar de considerar a existência da classificação dualista das provas em relação ao objeto, o autor Eugênio Pacelli afirma que a verdade revelada pelos meios judiciais sempre será uma “verdade reconstruída”, embora sejam diversos os critérios que são utilizados para comprovar-se o que está sendo alegado em juízo. Toda convicção dependerá da graduação das contribuições feitas pelas partes, pois são elas que o auxiliam a formação de seu convencimento.²⁴

1.3. Sistema inquisitório X Sistema acusatório

²¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 25.

²² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 26.

²³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 27. A partir da análise de alguns julgados do STJ, TRF-4º, STF, entre outros, o autor constata a existência de julgamentos no sentido de condenarem acusados apenas com base em indícios. Afirmam que, de forma lógica, estes podem ensejar a existência de uma certeza por parte do julgador. Nesse sentido, por exemplo, HC nº 15.736/MG – STJ, onde se afirma que “vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentalmente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa. Ressalta-se, todavia, que tal prova, em virtude da maior probabilidade de erro, deva sempre ser exigida uma maior cautela. Nesse sentido SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penal*. Milano: Giuffrè, 2001.

²⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 322.

A importância de falar em sistemas processuais no âmbito do direito probatório se dá, principalmente, em função de que é através do sistema processual vigente em uma determinada sociedade que saberemos quais os tipos de regras e valores que vigem sobre as normas penais, incluindo-se, portanto, as disposições que se aplicam as provas em si.

Como já conceituado no início deste trabalho, podemos definir como sistema processual o conjunto de regras e princípios constitucionais que são capazes de estabelecer as diretivas capazes de guiar o emprego do direito penal ao caso concreto. A ordem normativa penal será realmente efetiva quando houver o respeito a essas normas e princípios, sendo o processo o meio pelo qual ocorrerá essa aplicação.²⁵

De uma forma geral, temos dois importantes sistemas processuais, podendo-se destacar o sistema acusatório de um lado, e de outro o sistema inquisitório.

Destaca a doutrina que, apesar da duplicidade existente em relação ao tema, não podemos dizer que o sistema brasileiro possui um sistema dotado de características de apenas um deles.²⁶

O sistema inquisitório caracteriza-se, principalmente, por possuir as seguintes características: não separação das funções de acusar, defender e julgar, concentrando-se nas mãos de uma só pessoa – o juiz – que inicia, *ex officio*, a acusação, deixando de lado assim a característica da imparcialidade do julgador; o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta; não há a figura do contraditório nem da ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos e garantias e, ainda, o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal, onde a confissão seria aquela de maior valor.²⁷

Desta forma, demonstra o sistema inquisitorial sua total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito. Como forma de respeitar aos cidadãos as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana - reconhecidas por (quase) todos - não mereceria existir mais nos dias atuais.²⁸

Nas palavras do autor Aury Lopes Junior:

Se por um lado o sistema inquisitório admite um substancialismo e uma relativização da garantia da forma em nome da “verdade real”

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 45.

²⁶ Conforme Aury Lopes Júnior e Eugênio Pacelli de Oliveira.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 46.

²⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p.47.

(inalcançável), de outro, o modelo acusatório pauta-se por um formalismo protetor, respeitando a forma enquanto valor. O grande valor do processo acusatório está no seu conteúdo ético, externado no estrito respeito às regras do jogo (forma) e, principalmente, no fato de que a condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado, abandonando o ranço inquisitório de buscar a condenação.²⁹

Como sistema contrário ao explicado anteriormente, temos o sistema acusatório, no qual estão presentes as seguintes características: imparcialidade do julgador, pois há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, exercidas, respectivamente, pelo autor, juiz e réu; rege-se o processo, em geral (há exceções no direito brasileiro: art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, § 1º c/c art. 481, ambos do CPP) pelo princípio da publicidade dos atos processuais; figuram os princípios do contraditório e da ampla defesa como informadores de todo o processo, sendo o réu sujeito de direitos e de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas e, por fim, o sistema de provas adotado é o do livre convencimento.³⁰

No nosso direito pátrio, conforme art. 129, I, da Constituição Federal, o sistema adotado é o acusatório, uma vez que a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto (o Ministério Público, no caso), sendo apenas em casos excepcionais admitida ao particular.³¹

Como dito anteriormente, não podemos considerar o sistema acusatório brasileiro como sendo puro, pois, também, encontramos na legislação, dispositivos com características inquisitórias. Um exemplo, aventado por Paulo Rangel, seria atinente ao próprio tema tratado neste trabalho, as interceptações telefônicas. Prevê o art. 3º da Lei 9.296/96 que:

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

I - da autoridade policial, na **investigação criminal**;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (grifo nosso)

Pela leitura deste dispositivo, se percebe a possibilidade de o juiz determinar – através de ordem judicial – de ofício, uma interceptação telefônica durante a fase do inquérito

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 498.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 49.

³¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 49.

policial. Segundo Paulo Rangel seria esta previsão³² uma afronta ao sistema acusatório, porque prevê o legislador que a colheita de provas possa ser efetuada pelo julgador da causa durante a fase do inquérito. Para o autor só seria possível essa hipótese na fase judicial, pois pela interpretação literal do dispositivo o princípio da imparcialidade seria totalmente afastado.³³ Nesse mesmo sentido, concordam Vicente Greco Filho³⁴, Luiz Flávio Gomes³⁵ e, ainda, Lenio Luiz Streck³⁶ afirmando, todos, que se trata de dispositivo flagrantemente inconstitucional, pois cria a figura do “juiz inquisidor”, inaceitável frente ao processo acusatório no qual é adotado no Brasil.

Em relação à outra característica apontada em relação ao sistema acusatório, no que diz respeito à figura da ampla defesa e do contraditório, há que se falar de sua presença – ou melhor, ausência – no que tange às interceptações telefônicas.

Tal fato caracteriza-se em função de sua natureza cautelar e previsão legislativa, que podem ocorrer tanto previamente à instauração do processo penal como também de maneira incidental, ou seja, após a instauração daquele. Desta forma, pensando-se na segunda hipótese – quando já instaurado o processo penal - surge a indagação sobre o ato de cientificar o réu em virtude do contraditório e da ampla defesa. No entanto, neste ponto não há que se falar em ilegalidade, pois é óbvio que a interceptação somente pode ter pertinência se for sigilosa, sem conhecimento do réu; caso contrário, seria inútil. Neste caso, o contraditório irá ocorrer posteriormente, quando se dará a possibilidade de a prova ser contraditada, impugnada e discutida, até a prolação da sentença.³⁷

³² Sobre o tema, o Projeto de Lei 3272/2008 que será analisado na segunda parte do presente trabalho, se dispôs de maneira diversa, pois retirou a previsão legislativa que - na visão dos autores citados - cria a figura do “juiz inquisidor”. Assim dispõe o art. 4º do referido Projeto: “*Art. 4o O pedido de quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter (...)*”. Já o Anteprojeto de Código de Processo Penal dispõe da mesma maneira, apenas modificando-se no sentido de abrir a possibilidade do pedido de interceptação de comunicações telefônicas pela defesa Assim, vejamos: “*Art. 237. O pedido de interceptação de comunicações telefônicas será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou da defesa, ou por meio de representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter (...)*” (grifo nosso).

³³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 56.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47-48.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 199.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 65.

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

1.4. Valoração probatória: o sistema da livre convicção ou persuasão racional

Conforme Ada Pellegrini Grinover, evidente que “de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento”³⁸. No entanto, nem sempre foi assim que ocorreu a questão da valoração probatória.

Não querendo adentrar ao tema da evolução dos modelos de valoração ou até mesmo à análise de outros modelos que não o adotado pelo direito pátrio, cumpre ressaltar a existência de dois outros sistemas de maior relevância: o sistema das regras legais ou prova tarifada e o sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz. Caracterizando-os de maneira sucinta, aquele possui como característica principal o fato de – abstraindo-se as especificidades de cada caso – haver previamente em lei um valor a ser dado para cada tipo de prova, ou seja, o juiz não possuía liberdade para valorar as provas existentes; enquanto este surge como uma “superação” do modelo anterior, pois o julgador está completamente livre para valorar a prova não precisando fundamentar sua decisão.³⁹

O sistema de valoração da prova que adotamos, conforme art. 155, caput, do Código de Processo Penal Brasileiro⁴⁰ é o da livre convicção ou da persuasão racional, sendo caracterizado por não estabelecer uma hierarquia entre as provas do processo: nenhuma tem maior valor que outra. O juiz possui liberdade para apreciá-las; no entanto, sua liberdade restringe-se apenas àquelas que constam no processo. O julgador somente pode utilizar-se daquelas provas presentes nos autos, ou seja, a sentença deverá calcar-se naquelas que foram objeto de análise judicial e submetidas ao contraditório das partes.⁴¹

Seria o sistema adotado pelo ordenamento pátrio um sistema intermediário em relação ao radicalismo dos outros dois citados, vez que não existem limites e regras abstratas de valoração como se caracteriza o sistema legal de provas; e não existe a possibilidade de o

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 513-514.

⁴⁰ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 426.

magistrado formar sua convicção na ausência de fundamentação, como ocorre no sistema da íntima convicção.⁴²

Dispõe Aury Lopes Júnior, sobre a liberdade que detém o julgador de formar seu convencimento, que:

Ela refere-se a não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo a vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da constituição na tutela do débil submetido ao processo. [...] A decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Mas não basta estar no processo, é necessário que se revista da qualidade de “ato de prova”, ou seja, aquela colhida na fase processual, com plena observância do princípio da jurisdicionalidade. Isso conduz a uma repulsa à possibilidade de o juiz formar sua convicção a partir dos atos de investigação. Além de ser colhida na frente do juiz, a coleta da prova deve ter observado as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade e, portanto, imprestabilidade motivacional.⁴³

Ada Pellegrini Grinover, afirma que “em última análise, trata-se de garantir às partes o direito de serem examinadas pelo órgão julgador as questões, de fato e de direito, que houverem suscitado, reclamando do juiz atenta do juiz dos argumentos e provas trazidos”⁴⁴.

Por sua vez, indaga Danilo Knijnik sobre a liberdade existente no significado do conceito de “livre convencimento” do juiz. Admite que, atualmente, essa liberdade deve estar sujeita “às regras da lógica e a certos postulados jurídicos”, com o intuito de se ver afastado o subjetivismo.⁴⁵ Trata-se de uma “liberdade objetiva”, e não subjetiva, pois pressupõe-se a existência não de regras jurídicas, mas de regras lógicas.⁴⁶ Conclui-se, desta forma, que o

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 515.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 517.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 16.

⁴⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 19. Assevera o autor, ainda, que outro erro existente na jurisprudência é considerar que a valoração probatória através do sistema do livre convencimento em nada tem a ver com o juízo de admissibilidade que deva ser feito sobre qualquer meio de prova. Nas palavras do autor, “(...) o juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e é preliminar à entrada em funcionamento do livre convencimento. Somente depois de afirmada a admissibilidade de uma prova, ou seja, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes, é que se passa à sua avaliação, medida no plano da convicção judicial e, sim, à luz do livre convencimento, não antes. Nesse sentido, estariam equivocados os julgados em que mesmo estando

princípio do livre convencimento não significa o mesmo que admissibilidade da prova. O princípio norteador da questão da valoração probatória apenas entra em ação após a etapa de “seleção do material que comporá o objeto de seu exercício; daí segue-se que, viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável a manutenção da valoração judicial exercida, livremente, sobre bases equivocadas”, sendo, portanto, mister diferenciar os planos de atuação de cada um dos institutos.⁴⁷

1.5. Das proibições de prova

A análise que aqui se fará restringir-se-á aos fundamentos pautados sobre as proibições de prova no tocante à diferenciada valoração que pode ocorrer em função do tipo de crime em questão e sobre os efeitos à distância de uma valoração proibida.

Longe de querer esgotar o tema, uma vez que “não se encontra zona da vida jurídica onde os caminhos da doutrina e da jurisprudência se mostrem mais descontraídos e varridos pela controvérsia”⁴⁸, aqui se fará uma análise sobre qual abrangência poderão ou não ter as provas ditas proibidas no âmbito do processo penal.

No tocante ao tema relacionado às proibições de prova no processo penal cabe destacar, primeiramente, que a distinção da natureza das normas de direito - em materiais ou processuais – possui extrema relevância, pois “a ofensa possível de ser produzida pode atingi-las em conjunto ou separadamente”⁴⁹.

Quando a ofensa se referir a uma norma de direito material, o problema se encontra na obtenção da prova, ou seja, na forma como foi colhida; por sua vez, quando ofender uma regra de direito processual ou instrumental a problemática encontrará suporte sobre algo em

presentes provas ilícitas, consideram a legalidade dos julgamentos em virtude da existência um conjunto probatório além da prova caracterizada como ilícita e que passíveis de eles próprios ensejarem uma condenação penal”. p. 21.

⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 24.

⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 19.

⁴⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 50

relação à produção ou introdução da prova ao processo. Desta forma, quando a prova proibida afrontar uma norma de direito material, dizemos ser uma “prova ilícita”; quando colidir com regra de direito instrumental, denomina-se “prova ilegítima”.⁵⁰

Conforme Adalberto José Aranha, no caso de violação a um princípio de direito material, pode ocorrer tanto no que se refere à oposição daquilo que é disposto em lei, mas também é possível a ofensa, por exemplo, no tocante aos costumes (exteriorizar segredo obtido em confissão), à boa-fé (usar gravador disfarçado) ou à moral (recompensar parceiro para conseguir prova do adultério). Desta forma, tem-se como prova ilegítima quando a violação referir-se à sua produção no processo; enquanto que caracteriza-se a prova ilícita quando o meio ou/e o modo utilizado para a sua obtenção afrontam ao direito material.⁵¹

Manuel da Costa Andrade, em ilustre obra na qual disserta especificamente sobre o tema em questão, destaca que a doutrina e a jurisprudência alemã são as que mais acumulam o acervo nos estudos voltados às proibições de prova.⁵²

No tocante ao entendimento dos tribunais superiores alemães, trata-se de “entendimento praticamente pacífico” que, com base na ponderação de interesses, se pode tanto valorar como também produzir provas com o sacrifício de alguns direitos individuais “em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade”. Nestes casos, a jurisprudência alemã entende que “a preocupação pela garantia sem limites dos direitos de liberdade no processo penal induz uma acentuação doutrinariamente extremada destes direitos, e por essa via, impede (...) uma eficaz realização da justiça penal”.⁵³

Trata-se de princípio que o Tribunal Superior Alemão acabou por “converter num dos dogmas mais consolidados e determinantes da sua jurisprudência”, uma vez que estabelece desta forma um tratamento diferenciado, em matéria de proibições de prova, para a criminalidade considerada grave.⁵⁴

⁵⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 50

⁵¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 51

⁵² ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 20.

⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 29.

⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 29-30.

Neste seara, importante destacar que sobre este entendimento, o Tribunal Constitucional alemão menciona, por diversas vezes, que o fundamento de um regime diferenciado dos crimes mais graves encontra respaldo na legislação pertinente as escutas telefônicas. Ocorre que, particularmente a esta forma de intervenção na privacidade do indivíduo, oferece-se “um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade”.⁵⁵ Deste entendimento, confirma o autor, também se coaduna a maioria da doutrina alemã.⁵⁶

Aqueles que sustentam posicionamento contrário ao explicitado, entendem que o que de fato ocorre é “uma lamentável sobrevalorização do interesse público do Estado na perseguição penal e reflexamente como uma subvalorização do interesse público numa investigação que respeite os direitos da personalidade do argüido”.⁵⁷

Outra questão aventada por Manuel da Costa Andrade e pertinente ao assunto das proibições de prova, se refere ao tratamento dado pelo direito português e pelo direito alemão em relação ao efeito a distância das provas ditas proibidas.

No tocante à disciplina processual penal das proibições de prova, destaca o autor que “diversamente do que sucede na lei alemã”, o direito português associou a figura das proibições de prova ao regime das nulidades. Sendo assim, evidenciada a existência de um artigo constitucional com tal previsão – a nulidade – a mesma fica adstrita às sanções da mesma, qual seja, de que “as nulidades tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar.”⁵⁸

Em contrapartida, “o legislador alemão limita-se a prescrever a proibição de valoração das declarações obtidas à custa da violação desta proibição”, ou seja, a intenção foi apenas de circunscrever a nulidade às declarações diretamente obtidas. Evidencia-se, desta forma, tratamento diferente que aquele dado pelo ordenamento português, no qual generaliza a proibição de valoração “a todas as provas inquinadas pelo veneno do método proibido”.⁵⁹

⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 31.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 32.

⁵⁷ ARZT, G. *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübingen*, 1970 apud ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 40.

⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 313.

⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 314.

No ordenamento pátrio, por sua vez, encontramos a teoria americana *fruits of poisonous tree doctrine* onde, à semelhança do ordenamento português, considera-se que todas as provas advindas de um meio de prova ilícito consideram-se ilícitas também. Neste sentido, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Habeas Corpus nº. 100879/RJ. Entendeu a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, de maneira acertada, que deveria se conceder a ordem requerida a fim de trancar ações penais que teriam como embasamento provas obtidas através de buscas e apreensões consideradas ilícitas pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁰

2. Exceção ao Princípio da Privacidade/Intimidade

2.1. A privacidade e sua previsão constitucional

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Percebemos, portanto, que a Magna Carta assegurou a proteção da privacidade no âmbito constitucional.

A proteção constitucional em relação à vida privada é formada pelos direitos à intimidade e à própria imagem, protegendo um âmbito inteiramente privado - tanto das pessoas físicas quanto jurídicas - intransponível por ingerências ilícitas externas. As concepções constitucionais de intimidade e vida privada possuem grande interligação, sendo que a diferença, entretanto, encontra-se no fato de que o segundo conceito é abarcado pelo primeiro, pois a intimidade está no campo de incidência da vida privada.⁶¹

⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 100879/RJ** . Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.08.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17.11.2010.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

Tratando-se de um direito básico às pessoas, podemos concluir que todo cidadão têm direito à privacidade em relação aos atos que pratica e de sua vida, garantindo-se que cada um possa desenvolver melhor suas ações profissionais e pessoais.⁶²

Atualmente, a discussão sobre privacidade torna-se cada vez mais desanimadora. Isso se deve ao fato de que as pessoas enxergam como algo natural a existência de câmeras em bancos e nas ruas, radares, malas diretas, *telemarketing*. Tais situações são vistas como inevitáveis, considerando que este mal se justifica por ser uma garantia de segurança. É reduzido o número daqueles que contestam essa intromissão, sendo que a maioria abre mão da privacidade sob o argumento de que estão colaborando com a segurança pública.⁶³

A definição de privacidade vai além do conceito de direito que se refere à intimidade e à vida privada. Caracteriza-se por ser a liberdade que cada um possui para somente expor-se quando quiser. O fornecimento de nossas ações, imagens, informações pessoais, pensamentos, ideologias e identidade, por exemplo, quando de forma obrigatória ou dissimulada deve ser encarado como meio de restrição ao direito ora analisado, uma vez que devem estar sob o comando daquele que a detém.⁶⁴

Segundo Cynthia Semíramis Machado Vianna, em razão da extensão dessa liberdade que possuímos frente os nossos próprios atos, as conseqüências do reconhecimento desta vão além do âmbito da vida privada. Trata-se de direito público, capaz de se opor a toda e qualquer pessoa. Conforme a autora:

Não estamos falando apenas de respeito à intimidade do indivíduo, por meio de direitos como a inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência ou segredo profissional, ou do clássico “direito de ser deixado só”, mas do reconhecimento de que esses direitos e mais alguns, que surgem com alterações sociais, são necessários para que se reconheça uma natureza humana. Assim, privacidade envolve não só intimidade e vida privada, mas é a exacerbação desses direitos, que são inerentes à natureza humana. O respeito à privacidade não depende de uma declaração

⁶² SANTOS, Fábio Santana dos. Direito à privacidade e interceptação telefônica. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Macapá, Tribunal de Justiça do Amapá, 1996. n.9. p. 60.

⁶³ VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, n.17. p. 102.

⁶⁴ VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, n.17. p. 102.

constitucional, mas do reconhecimento de que, sem privacidade, não temos pessoa humana, mas *homo sapiens* exposto em um zoológico social.⁶⁵

2.2. O artigo 5º, XII⁶⁶, da Constituição Federal e a restrição à privacidade

Apesar de no âmbito constitucional haver proteção expressa em relação à privacidade, a mesma não é dotada de caráter absoluto, pois a mesma constituição que prevê sua inviolabilidade também ressalta a existência de hipóteses em que esse direito poderá ser mitigado.

Existem circunstâncias na qual o ato de comunicar-se possui a necessidade de ficar restrito a poucas pessoas, por discorrer sobre informação de teor confidencial; informação essa também conhecida como segredo. A comunicação trata-se de um dos aspectos da liberdade de manifestação do pensamento, sendo de natureza essencial ao desenvolvimento da vida social dos indivíduos. A necessidade de se comunicar com outra pessoa é inerente à natureza humana.⁶⁷

A disposição contida no artigo 5º, XII, garante a inviolabilidade do sigilo das comunicações. Configura-se como um dos itens do rol das liberdades públicas, ou seja, aquele direito formalmente reconhecido pelo Estado, que orienta as relações dos indivíduos entre si e com o próprio Estado. Através deste dispositivo, defende-se tanto o direito à intimidade quanto a liberdade de manifestação.⁶⁸

⁶⁵ VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, n.17. p. 105.

⁶⁶ Art. 5º, inciso XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁶⁷ MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo das comunicações e de dados, *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 240.

⁶⁸ MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo das comunicações e de dados, *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 240.

Conforme Ada Pellegrini Grinover, a expressão “liberdades públicas” não pode ser entendida apenas como aquelas liberdades que “envolvam relações do homem com os órgãos estatais, nem se reserva o termo privadas para as relações concernentes aos particulares entre si”. A afirmação de que todas as liberdades são públicas se deve ao fato de que o respeito obrigatório a elas é imposto pelo Estado, sendo pressuposto a sua intervenção.⁶⁹

Por outro lado, o mesmo dispositivo constitucional admitiu, expressamente, a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas, quando prevê que tal hipótese poderá ocorrer “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Com o intuito de regulamentar essa norma, sobreveio a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que tratou do procedimento da interceptação telefônica. A partir do advento desta norma, a interceptação telefônica passou a ser um meio válido de obtenção de prova, constituindo o resultado da interceptação autorizada por ordem judicial fonte de prova. Por outro lado, a gravação - que permite a reprodução sonora do objeto da prova - e a degravação - documento que introduz a conversa telefônica nos autos da investigação ou do processo - configuram meios de prova.⁷⁰

A indispensabilidade dessa lei era fato incontroverso, pois, além de preencher uma lacuna do ordenamento brasileiro, também veio com o objetivo de tentar coibir abusos nesse seara. Dispõe Luiz Flavio Gomes, sobre o momento anterior a legislação regulamentadora que:

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, senão sobretudo como uma forma reprovável de invasão à privacidade alheia, durante o regime militar, por exemplo, sabe-se que a vida privada de muitas pessoas ficaram por longo tempo sob controle. Todo tipo de abuso e de devassa já foi praticado neste país por meio de interceptação telefônica. Não só os integrantes do poder, aliás, valeram-se desse procedimento ilegal, se bem que por motivações óbvias (conquista ou manutenção do poder, imposição de uma determinada ideologia, controle dos “perigosos” etc.). O desrespeito à intimidade alheia também sempre pareceu conveniente para os muitos “particulares” (espionagem industrial,

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 7.

⁷⁰ MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo das comunicações e de dados, *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 252.

operações políticas, casos de infidelidade conjugal etc.), que puderam contar com o auxílio inclusive de policiais, particularmente dos que conquistaram know-how no tempo da repressão política.⁷¹

Outra questão que inferimos a partir da redação da norma constitucional ora em análise é em relação à expressão “no último caso” e a que ela se refere. A questão está longe de ser unânime na doutrina, visto que há mais de uma hipótese de interpretação. O referido dispositivo passou por diversas modificações⁷² e, apesar de não tratar-se do posicionamento majoritário da doutrina, cumpre destacar as palavras do Ministro Marco Aurélio, sobre o tema, no julgamento de questão de ordem na petição 577-5/DF perante o STF:

Senhor presidente, [...] leio, para minha reflexão, o que poderia ser o preceito do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Repito: leio o que poderia ser e o faço, portanto, com adaptação – este preceito:

“é inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas” – e **aqui já operei uma adaptação, suprimindo o conectivo “e”** – “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”.

Senhor presidente, **fosse esse o teor do inciso XII do artigo 5º, não teria a menor dúvida em reconhecer a existência de quatro casos contemplados na norma.** O primeiro, alusivo à “correspondência”; o segundo, referente às “comunicações telegráficas”; o terceiro, aos “dados” e o quarto às “comunicações telefônicas”. A ressalva à preservação do sigilo estaria, sob essa óptica, ligada apenas ao último caso, ao atinente às comunicações telefônicas.

No texto, vejo o emprego de dois conceitos “e” a revelar que temos, na verdade, não quatro casos, mas apenas dois: o primeiro, abrangendo a “correspondência” e as “comunicações telegráficas”: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas”; o segundo, a envolver “dados” e “comunicações telefônicas”. Se estou certo neste enfoque, rechaço a possibilidade de se ter o sigilo relativo a “dados” como inafastável. O sigilo, a meu ver, pode ser afastado mediante a aplicação do que se contém na parte final do preceito, conforme a expressão: “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 85. Conforme o autor, as situações foram citadas no julgamento do HC 69.912-0-RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁷² Até atingir a redação atual, o conteúdo do artigo 5º, inciso XII passou por algumas modificações. A primeira proposta de redação foi “É inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações e dos arquivos particulares, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma da lei estabelecer, para fins de instrução processual. Após trâmites da Assembleia Constituinte passou a ser: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, para fins de instrução penal”. Em seguida, acrescentou-se “e de dados”. Por fim, inclui-se a expressão *último caso* e assim ficou o dispositivo em definitivo: “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”.

estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (grifo nosso)

Luiz Flávio Gomes adverte que, tendo em vista o constitucionalismo moderno, pode haver relativização dos sigilos que porventura poderiam entender-se como não excepcionados pelo inciso XII do art. 5º, da Constituição da República, uma vez que não se pode considerar que tais direitos possuam caráter absoluto. O fundamental para o autor “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”.⁷³

Por outro lado, Vicente Greco Filho entende que a proibição possui caráter absoluto, no que diz respeito às outras hipóteses não excepcionadas pela constituição pátria. Para o autor, a interpretação correta é no sentido de entender que a expressão “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, uma vez que pela leitura do dispositivo quatro são as situações passíveis de hipóteses futuras de restrição e, em virtude de a Constituição empregar a expressão “no último caso” e não “no segundo caso”⁷⁴ a constituição deu a entender que a ressalva está se referindo apenas às interceptações telefônicas. Desta forma, na visão do autor seria inconstitucional o parágrafo único, do artigo 1º da Lei 9296/96, pois estendeu a possibilidade de interceptação para casos que não estavam previstos constitucionalmente, já que prevê a lei que ela aplicar-se-á, também, sobre “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. A interpretação deve ocorrer nos limites estabelecidos pela Constituição, não podendo ultrapassá-los por mera conveniência.⁷⁵

Confrontando-se o direito à intimidade consagrado pela Constituição Federal com a possibilidade de interceptação telefônica regulamentada pela Lei 9296/96, poderia se concluir, primeiramente, que as disposições expressadas pela norma regulamentadora das

⁷³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 174.

⁷⁴ Para o autor, duas seriam as hipóteses de interpretação do dispositivo em análise. A primeira interpretação seria considerar que quatro seriam os casos: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas e, desta forma, a expressão “no último caso” se enquadraria apenas para as comunicações telefônicas. A segunda, e última, hipótese de interpretação, para o autor, seria aquela que considera que o texto constitucional prevê duas situações de sigilo: de um lado a hipótese da correspondência e de outro os demais sistemas de comunicação, qual sejam, telegrafia, dados e telefonia. Esta última hipótese de interpretação a expressão referir-se-ia a segunda situação, sendo “no último caso” alusivo as três últimas formas citadas de transmissão de informação. In: GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14-15.

⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16-18.

interceptações telefônicas seriam inaplicáveis. Se o indivíduo possui o direito à privacidade - que consiste em um direito individual consagrado pela lei maior - não poderia ocorrer desse direito ser “violado” pela Lei 9296/96 que possibilitou a hipótese de interceptação. No entanto, não se trata de violação constitucional, pois a referida lei também está disciplinando um dispositivo constitucional, qual seja o artigo 5º, inc. XII.⁷⁶

Não obstante a aparente colisão existente entre o direito a privacidade e a interceptação telefônica, ambos estão previstos no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal. Trata-se de liberdades públicas, sendo um direito público e subjetivo de qualquer pessoa. Por ambas constituírem liberdades públicas, deve-se observar a incidência do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas que pressupõe que “como todo direito se limita a outro direito, uma liberdade pública se limita a outra liberdade pública”.⁷⁷

2.3. O princípio da proporcionalidade como fundamento da restrição ao direito fundamental à privacidade

Com a pretensão de se avaliar a razoabilidade da interferência legal de caráter punitivo no âmbito dos direitos fundamentais, não se pode deixar de ter como premissa básica o fato de que os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos e, portanto, podem ser objeto de limitações. Por outro lado, a possibilidade dada ao legislador de positivizar restrições é passível de excessos.⁷⁸

Segundo Suzana de Toledo Barros, não se pode considerar que toda remissão à lei efetuada pelas normas constitucionais concernente a direitos fundamentais abrange uma autorização de restrição. Em grande parte das remissões aponta-se para a necessidade de regulamentação do direito previsto, tratando-se de exigência prevista ao poder legislativo.

⁷⁶ SANTOS, Fábio Santana dos. Direito à privacidade e interceptação telefônica. *In: Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Macapá, Tribunal de Justiça do Amapá, 1996. n.9. p. 65.

⁷⁷ SANTOS, Fábio Santana dos. Direito à privacidade e interceptação telefônica. *In: Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Macapá, Tribunal de Justiça do Amapá, 1996. n.9. p. 65.

⁷⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 158.

Para essas circunstâncias, as normas legais editadas possuem como função complementar, precisar ou definir “o conteúdo de proteção de um direito fundamental, ou atribuem-lhe uma disciplina jurídica”. Seriam exemplos: o inciso XXXII do art. 5º, onde se prevê que o Estado “na forma da lei” deverá promover a defesa do consumidor ⁷⁹ e o inciso XXXVIII, do mesmo artigo, que reconhece “a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei (...)”. ⁸⁰

As autorizações dadas ao legislador para efetuar restrições aos direitos fundamentais são divididas em amplas ou limitadas. É como ensina Gilmar Ferreira Mendes:

(...) tem-se simples reserva de lei ou simples restrição legal, quando a norma constitucional limita-se a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei. Diversamente, tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada, quando a constituição não se limita a reclamar que eventual restrição ao âmbito da proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados. ⁸¹

Em relação às reservas de lei qualificadas – que seria o caso das interceptações telefônicas -, a liberdade concedida ao legislador de efetuar possíveis restrições ao direito é restrita, pois há uma vinculação prévia estabelecida pela norma que se quer legislar. No caso, prevê o inciso XII, art. 5º, que a restrição somente poderá ocorrer se autorizada judicialmente e sua finalidade seja uma investigação criminal ou instrução processual penal. ⁸² Como restrição implícita, encontramos o fato de que não poderá a restrição servir para fins de um processo cível, por exemplo.

Em se tratando de reserva de lei simples, ao contrário, possui o legislador um maior âmbito de discricionariedade, porque inexistente qualquer previsão de condição especial que deva ser observada. No entanto, adverte a autora que:

⁷⁹ No caso, em 1990, adveio a Lei 8.078, que estabeleceu o Código de defesa do Consumidor.

⁸⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 164.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão**: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Seleção jurídica da COAD, São Paulo, n.8, 1993, apud BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 164.

⁸² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 164

A assertiva ora deduzida não pretende fixar uma regra segundo a qual, em se tratando de reservas legais específicas, nenhum espaço de liberdade restaria ao legislador, até porque, tem-se insistido, há uma multiplicidade de situação a ser levada em consideração na justificação de uma interferência legal aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Mesmo quando a constituição delimita a intervenção na esfera dos direitos fundamentais, especificando certas condições ao legislador, nem sempre há determinação global destes limites. A previsão da finalidade da restrição não exclui a liberdade de escolha de meios. É evidente, então, que o exame da constitucionalidade de uma norma legal não dispensa a verificação da adequabilidade dos meios escolhidos em face do fim previsto.⁸³

No que tange ao princípio da proporcionalidade propriamente dito, cumpre destacar a sua crescente importância no direito brasileiro, pois cada vez mais está servindo como forma de controlar atos do poder público.⁸⁴

Aduz Humberto Ávila que o referido postulado não deve ser confundido com a idéia que todos têm de proporção em suas mais diversas manifestações. O princípio da proporcionalidade possui aplicação apenas em situações que haja “uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”, de tal forma que seja possível proceder a três exames essenciais: o primeiro diz respeito ao exame da adequação, o segundo se refere à necessidade e, por fim, deve-se proceder ao exame da proporcionalidade em sentido estrito. Conforme o autor, cada exame se dá através da provocação de dúvidas sobre a relação entre o meio e os fins propostos.⁸⁵

A primeira dúvida que deverá ser suscitada é se o meio utilizado promove o fim desejado; já a segunda incerteza seria se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não haveria outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados e, para finalizar, se as vantagens resultantes (alcançar o fim desejado) correspondem às desvantagens provocadas pelo meio escolhido.⁸⁶

Neste seara, adverte o autor que uma problemática que envolve o tema se refere ao seu funcionamento, afirmando que:

⁸³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 164.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 161.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 161.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 161-162.

Existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os meios devem ser adequados para atingir o fim. Mas em que consiste, precisamente, adequação? Os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser necessário? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de vantagens e relativamente ao quê e a quem eles devem ser analisados? Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos.⁸⁷

Desta forma, não se pode afirmar que a aplicação do referido princípio possa ocorrer de maneira ilimitada, visto que a proporcionalidade, enquanto postulado, somente será capaz de estruturar a aplicação de princípios que se interligam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretos. A aplicação depende da existência desses elementos concretos (meio utilizado, fim alcançado, relação de causalidade entre o meio e o fim). Na ausência de qualquer dos três elementos, não se pode vislumbrar a aplicação do postulado da proporcionalidade “em seu caráter trifásico”.⁸⁸

Os tribunais superiores seguidamente invocam o princípio da proporcionalidade como sendo um postulado norteador e capaz justificador posicionamentos não tratados de forma expressa pela legislação. Encontramos como situações confrontadas nos tribunais, por exemplo, a questão da possibilidade de sucessivas prorrogações das autorizações de interceptação telefônica e, ainda, no que tange ao tema da possibilidade de aceitação de gravação de conversa própria em detrimento de algum direito fundamental.

Sobre o primeiro, manifestou o Superior Tribunal de Justiça que lícita será a prova obtida através de “gravação de conversa própria por um dos interlocutores” em função do princípio da proporcionalidade, pois “as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade”.⁸⁹ Em relação ao segundo tema - das sucessivas prorrogações - analisar-se-á de modo mais preciso em capítulo posterior.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 162.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 162.

⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 7216/SP**. Rel. Ministro Edson Vidigal, julgado em 28.04.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

3. Interceptação: considerações gerais

A figura das interceptações telefônicas até 1996 configurou-se como meio de prova, todavia, sem dotar de uma legislação específica.

Em momento anterior à promulgação do atual texto constitucional, o dispositivo vigente em relação ao tema das interceptações telefônicas era o artigo 153 da antiga Carta Magna, onde se assegurava o sigilo das comunicações telefônicas sem qualquer restrição ou ressalva⁹⁰.

Afirmava o referido artigo que:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Por outro lado, encontrava-se em vigor, também, o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei n. 4117/62⁹¹, que dispunha:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.**

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores,

⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

⁹¹ Legislação revogada desde 1997, pela Lei n. 9.472/97.

as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública. (grifo nosso)

Diante desta vigência concomitante, havia o questionamento em torno do dispositivo do Código Brasileiro de Telecomunicações em face da constituição então vigente, pois esta garantia o sigilo das telecomunicações na ausência de qualquer restrição, enquanto aquele previa a possibilidade de requisição judicial para violação de telecomunicação. Sustentava-se, desta forma, que tal hipótese não possuía acolhimento constitucional.⁹² Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, pouco antes da promulgação da lei de interceptações telefônicas, no julgamento do Habeas Corpus 72588/PB:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.⁹³ (grifo nosso)

⁹² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72588/PB**. Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12.06.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

Contudo, esse entendimento não se tratava de unanimidade. Existiam decisões judiciais e posicionamentos doutrinários que defendiam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, afirmando que a ausência de ressalva no texto da constituição não serviria como justificativa para a proibição de interceptação, eis que nenhuma norma constitucional é capaz de instituir direito absoluto.⁹⁴

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – art. 5º, XII – admitiu-se, expressamente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal”. Desta forma, optou a magna carta por fazer uma reserva de lei do tipo qualificada, pois previu de forma clara a finalidade que deve possuir a interceptação.

Visando à regulamentação dessa norma, adveio a Lei 9.296 em 24 de julho de 1996, com o intuito de tratar do procedimento das interceptações telefônicas. Com esta promulgação, poder-se-ia considerar com meio formalmente válido de obtenção de prova as interceptações telefônicas.

Fonte de prova será o resultado da interceptação. No que se refere à gravação (ato que permite a reprodução sonora do objeto da prova) e à degravação (documento que introduz a conversa telefônica nos autos da investigação ou do processo), estas configuram meios de prova.⁹⁵

O objetivo principal da elaboração de uma lei que regulasse o tema foi a possibilidade de, em sede de investigação criminal e instrução penal se pudesse facilitar a produção de provas. Em vista disso, não se admite a aplicação dessa lei aos processos extra-penais. Em relação aos processos penais, para sua aplicação, deve-se observar a presença - concomitante - dos seguintes requisitos, quais sejam: indícios razoáveis de autoria ou de participação, indispensabilidade desse meio de prova, crime apenado com pena de reclusão, ordem de autoridade judiciária competente para ação principal e com a finalidade de que seja para investigação criminal ou instrução processual penal.⁹⁶

Dispõe Luiz Flavio Gomes sobre o conceito de interceptação que:

⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

⁹⁵ MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo das comunicações e de dados, In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 252.

⁹⁶ SANTOS, Fábio Santana dos. Direito à privacidade e interceptação telefônica. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Macapá, Tribunal de Justiça do Amapá, 1996. n.9. p. 63.

Interceptar significa, etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar. Do ponto de vista jurídico, a palavra “interceptação” não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma “comunicação telefônica” não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação. Considerando que o bem jurídico tutelado, desde a constituição, é o sigilo das comunicações, o “interceptar” expressa sobretudo “tomar conhecimento”, saber, descobrir, ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica. De outro lado, é da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação alheia. Ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos comunicadores). Na interceptação existe uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado.⁹⁷

Outra distinção com grande relevância suscitada pela doutrina é em relação à distinção entre os termos “interceptação” e “escuta telefônica” e sua repercussão no âmbito jurídico. Termo, também, aventado pela doutrina são as gravações ambientais, também conhecidas como gravação unilateral (ou ainda, gravação clandestina). A qualificação “clandestina” dada pela doutrina deve-se ao fato de que, no Brasil, inexistia lei admitindo-as.⁹⁸

Luiz Flávio Gomes sustenta existir uma sutil distinção entre os dois termos. Por interceptação entende-se aquela que concretizada sem conhecimento dos comunicadores que estão sofrendo a interceptação, ou seja, não sabem que o conteúdo da comunicação está sendo captado por outros e a ofensa da intimidade se dá em relação a todos os comunicadores envolvidos. Ao contrário, caracteriza-se a escuta telefônica pela ciência que um dos comunicadores possui em relação à captação que está sendo realizada, portanto, a ofensa se dará apenas em relação àquele que nada sabe sobre a interceptação que está sendo realizada. Conclui o autor, pelo exposto, que interceptação telefônica *strictu sensu* “é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores”, enquanto que a escuta telefônica “é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos interlocutores”.⁹⁹

O autor defende que a legislação atinente ao tema das interceptações, em seu artigo 1º, contempla os dois casos. Tanto a interceptação propriamente dita (em sentido estrito) como a

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 106.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.

escuta telefônica são regulamentadas pela Lei 9.296/96.¹⁰⁰ Por outro lado, da mesma forma como afirma Damásio de Jesus¹⁰¹, essa lei não possui incidência no que diz respeito às gravações clandestinas.

São exemplos contemplados pela lei tanto a hipótese de juiz que autoriza uma interceptação em caso que envolva tráfico de pessoas e, desta forma, conhecerá tanto das comunicações do suspeito, como também do outro comunicador envolvido; assim como a permissão para uma escuta em caso de seqüestro¹⁰² em que a família da vítima - por óbvio - está sabendo da captação da comunicação. Ambos são regulados pela lei das interceptações telefônicas. O fato de um dos comunicadores ter conhecimento sobre a ingerência autorizada judicialmente feita por outrem não prejudica a incidência da lei.¹⁰³

Vicente Greco Filho, diferentemente, possui entendimento de que o art. 1º da referida lei não inclui as escutas telefônicas, porque a lei não disciplina interceptação realizada por terceiro, consentida por um dos interlocutores. Elas encontram-se fora do âmbito do inciso XII, do art. 5º do texto constitucional. A licitude, como também a fonte de prova que dela decorrente, irá depender do confronto entre o direito à intimidade (se existente) e a justa causa para utilização deste meio de prova. Seriam exemplos de justa causa o estado de necessidade e a defesa de direito, “nos moldes da disciplina da exibição de correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal¹⁰⁴ e art. 233 do Código de Processo Penal¹⁰⁵)”.¹⁰⁶

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.

¹⁰¹ JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de comunicações telefônicas** – notas à Lei 9.296 de 24.07.1996. *In*: Revista dos Tribunais, 1997, ano 86, v.735. p. 460.

¹⁰² Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 75261 / MG, sob relatoria do Ministro Octavio Gallotti: EMÉNTA: 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97). 2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual. 3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus. 4. Pedido, em parte, deferido, para suprimimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão. HC 75261, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/06/1997.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.

¹⁰⁴ Art. 153 – Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção de uma a seis meses.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 1º- A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

¹⁰⁵ Art. 233 - As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

No que se refere à gravação unilateral (ou clandestina), esta se caracteriza por ser realizada diretamente por um dos interlocutores da comunicação sem o consentimento do outro (ou outros).

Aduz Greco Filho que a gravação ambiental não se encaixa no conceito de interceptação, muito menos está disciplinada pela lei comentada. Inexiste, também, tipo penal que a incrimine. Corrobora sua tese afirmando que da mesma forma como ocorre no sigilo de correspondência, “os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação”¹⁰⁷. A utilização como prova irá depender da verificação do julgador perante cada caso. Duas serão as possibilidades: quando entender-se que houve violação do direito à intimidade, o resultado da gravação não poderá ser aproveitado como prova, pois sua obtenção será considerada ilícita uma vez que houve violação de previsão constitucional; por outro lado, pode-se entender que pela existência de justa causa para a gravação o resultado será válido¹⁰⁸ como fonte de prova. O contexto dessa problemática seria o mesmo atinente aos casos de fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distancia, etc.¹⁰⁹

A expressão “gravações clandestinas” abrange tanto a telefônica (quando se grava uma comunicação própria) quanto a ambiental (quando se grava uma conversação entre pessoas presentes, clandestinamente, isto é, sem o conhecimento do interlocutor). Por não possuírem regulamentação própria, na hipótese de ocorrência de alguma delas a ofensa será sobre o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (direito à privacidade e intimidade). Nesse caso, inadmissível seria a sua consideração como fonte de prova, vez que, conforme referido, viola

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

¹⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8-9.

¹⁰⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

¹⁰⁸ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: **HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTA ÚLTIMA. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQUESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA. Habeas Corpus 75338/RJ.** Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 11.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

expressamente dispositivo constitucional. Ressalta a doutrina, no entanto, que exceções a não utilização como prova podem ocorrer quando o reconhecimento for a benefício do réu.¹¹⁰

A importância da fixação destes conceitos, não obstante uma aplicação correta da lei e respeito à segurança jurídica se deve ao fato de que a mesma lei prevê como crime (art. 10) a interceptação ilícita. A abrangência interpretativa dada ao artigo 1º possui implicação direta sobre o tipo penal previsto no artigo 10. Como bem salienta Luiz Flávio Gomes “todo o tipo penal cria o âmbito do proibido e, ao mesmo tempo, o âmbito do permitido. Restringe a liberdade e cria a liberdade. Urge, em consequência, descobrir o verdadeiro sentido da neocriminalização”.¹¹¹

Sobre essa divergência doutrinária, o Projeto de Lei 3272/2008, objeto de análise da segunda parte deste trabalho, disciplinou expressamente tais indagações e dúvidas exaradas pela doutrina em análise. Conforme se lê das exposições de motivos, o projeto destaca, no seu art. 1º, § 1º, que se considera quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza todo ato que intervenha no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo a interceptação, a escuta e a gravação.

Em relação à dúvida quanto à possibilidade ou não de incluir-se, por exemplo, a troca de *e-mails* como no âmbito de incidência da Lei das Interceptações Telefônicas atual, no mesmo artigo 1º do projeto de lei, prevê o § 3º, estende-se ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática a possibilidade de quebra do sigilo. Deve entender “que a Constituição ao dizer “comunicação telefônica” refere-se a todo e qualquer meio de comunicação instantânea sendo, portanto, possível a quebra deste sigilo embasada por ordem judicial”.¹¹²

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 106.

¹¹¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 97.

¹¹² Projeto de Lei nº 3272/2008 - Exposição de Motivos.

II - A LEI 9296/1996 E AS (POSSÍVEIS) MUDANÇAS FRENTE AO PROJETO DE LEI Nº 3272 DE 2008.

Após a análise das interceptações telefônicas como sendo um meio de prova lícito quando utilizado com o fim de auxiliar em investigações criminais e instrução processual penal, a segunda parte do presente trabalho se presta a confrontar alguns dos dispositivos previstos na Lei de Interceptação Telefônica atual vigente com o Projeto de Lei nº 3272¹¹³ de 2008 que, em algumas partes, vem com o intuito de modificá-la.

O projeto de lei, ora analisado, tomou forma através de conclusões nas quais foram extraídas de Comissão do Ministério da Justiça instituída por Portaria, em 2003¹¹⁴, na qual possuía como objetivo formular nova regulamentação em relação à última parte do inciso constitucional que prevê a possibilidade de inviolabilidade das comunicações telefônicas, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Ou seja, o Anteprojeto tinha como finalidade central adequar – ou até mesmo modificar, substancialmente – disposições da Lei nº 9296/1996.

A grande maioria da doutrina que teceu suas considerações sobre a atual lei vigente manifestou-se, após a promulgação de 1996, no sentido de que a nova legislação não seria ainda o que se poderia considerar-se como sendo ideal para regulamentar as interceptações telefônicas.

Em vista disso, o tratamento que aqui se fará terá como abrangência apenas algumas das modificações que o Projeto de Lei nº 3272 de 2008 visa a trazer ao âmbito das regulamentações referente às interceptações telefônicas. Far-se-á uma análise da posição doutrinária no que tange às disposições vigentes sobre os temas tratados; o posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores e, por fim, as disposições sobre o assunto que poderão vir a vigor, caso seja aprovado o Projeto de Lei aqui analisado.

O trabalho irá restringir-se apenas à análise de três possíveis mudanças que poderão ocorrer em relação aos seguintes temas: 1) a possibilidade de interceptação telefônica para

¹¹³ Cumpre ressaltar que, além do Projeto de Lei nº 3272/2008 aqui analisado, há outros três projetos de lei apensados ao mesmo, mas que aqui não serão objeto de análise.

¹¹⁴ Anteprojeto de lei elaborado por Comissão do Ministério da Justiça instituída pela Portaria nº 116, de 13 de fevereiro de 2003. Informações obtidas através do *site* da Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=391056.

fins de investigação criminal e instrução processual penal relativa a crime apenado com pena de detenção, 2) o surgimento de dispositivo expresso relativo ao tempo que pode durar uma interceptação telefônica autorizada judicialmente e 3) os conhecimentos fortuitos obtidos através das interceptações telefônicas e sua utilização como meio de prova.

1. Critérios autorizadores da quebra do sigilo das comunicações telefônicas

No que tange ao assunto dos critérios autorizadores da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, dispõe o artigo 2º da Lei nº 9296/1996, de forma negativa (uma vez que afirma as hipóteses em que não será admitida a interceptação telefônica), que serão critérios de autorização¹¹⁵: a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a impossibilidade de a prova ser feita através de outros meios disponíveis e que o fato investigado constitua infração penal punida com reclusão.

Não custa ressaltar, no entanto, que mesmo estando presentes os três requisitos exigidos – de forma concomitante - pelo art. 2º, deve haver autorização judicial na qual fundamente a existência deles, sob pena de tornar-se ilícita a prova colhida através de interceptação telefônica que não fora devidamente autorizada. Portanto, ainda que presentes os requisitos, deve haver autorização formalizada pela autoridade judicial. Nesse mesmo sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 152092 / RJ, afirmando que “eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (sete dias), por falta de autorização judicial (...) deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo”.¹¹⁶ Através desse caso, fica evidente a necessidade de autorização judicial, mesmo que haja autorização anterior, mas que não tenha sido objeto de renovação fundamentada, pois a ausência desta acarreta em nulidade do material probatório recolhido.

¹¹⁵ Apesar do art. 2º prever três requisitos como critérios de autorização para uma interceptação telefônica, há também que se verificar, consoante Parágrafo Único do mesmo artigo, que deverá “ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

¹¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 152092/RJ**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 08.06.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27.08.2010.

Considera Vicente Greco Filho ser a opção legislativa adotada foi “duplamente lamentável”. Aduz o autor que além de possuir uma redação negativa em que se enumeram os casos nos quais não será admitida a interceptação (ao invés de indicar taxativamente os casos em que ela será possível), também dá a entender que a regra seja a autorização da interceptação, quando, ao contrário, está é a exceção, pois temos como sendo regra o sigilo das comunicações telefônicas.¹¹⁷

Apesar de esta primeira parte cuidar dos critérios autorizadores, a modificação que aqui se quer demonstrar se refere apenas ao terceiro item, uma vez que os outros continuam figurando no projeto de lei. Todavia, não serão excluídos da respectiva análise a partir da jurisprudência e doutrina.

Ao contrário da Lei 9296/96 que trouxe um artigo inteiro dedicado às hipóteses que devem estar presentes para que a interceptação seja passível de autorização, o Projeto de Lei n.º 3272/2008 optou por não regulamentar o procedimento desta forma. Diferentemente, o projeto não possui um artigo específico que contenha requisitos que devam estar presentes; ao contrário, ao longo do texto legal podem-se encontrar critérios que deverão existir para que esse “instrumento insidioso de quebra da intimidade, não só do investigado como também de terceiros”¹¹⁸ seja passível de autorização judicial. Assim, vejamos.

1.1. A necessidade da presença de indícios da autoria ou participação em infração penal

Antes de adentrar ao ponto a ser tratado, qual seja, a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, cumpre tecer, previamente, algumas considerações.

Primeiramente, antes da necessidade da presença dos requisitos citados anteriormente e previstos na Lei de Interceptações Telefônicas, em função de tratar-se de medida de natureza cautelar, faz-se necessário frisar a presença implícita dos pressupostos a serem observados quando do deferimento de qualquer medida dessa natureza: o *fumus bonis iuris*

¹¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20-21.

¹¹⁸ Definição dada pela exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3272/2008.

(“fumaça do bom direito”) e o *periculum in mora* (perigo ou risco que deriva da demora em se tornar uma providência para a salvaguarda de um direito ou interesse).¹¹⁹

Tais pressupostos se traduzem, em verdade, nos dois primeiros incisos do artigo 2º da Lei 9.296, de 2008, quando o mesmo prevê que seja necessário que haja indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal e que a prova não possa ser feita por quaisquer outros meios disponíveis.

No que tange ao ponto que ora está se tratando, o *fumus bonis iuris*, no âmbito do processo penal, significa duas exigências. A primeira refere-se à probabilidade de autoria ou participação em infração penal, ou seja, a probabilidade referente ao agente. Já a segunda exigência encontra-se sobre a probabilidade de existência de uma infração penal, vale dizer, sobre a materialidade da infração propriamente dita.¹²⁰

Adentrando a questão da abrangência do conceito de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, não se pode afirmar, primeiramente, que a “simples manifestação policial” configura como indício. Não basta isso. Para que o juiz possa valorar a existência ou não de indícios será necessário que a manifestação esteja acompanhada de mais dados, de provas e de indícios outros já existentes, utilizando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade.¹²¹

O conceito de indícios, segundo dispõe o art. 239 do Código de Processo Penal Brasileiro, configura-se como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Para Luiz Flávio Gomes, a mera suspeita não pode prosperar como suficiente a caracterização dos “indícios razoáveis”, devendo ocorrer a presença, no mínimo, de bases objetivas e prévias. A probabilidade de existência de uma infração penal, por sua vez, deve estar amparada em prova inequívoca a respeito da materialidade (existência concreta e real de um acontecimento) não sendo o necessário fato duvidoso, meras possibilidades ou conjecturas. Somente fatos indubitáveis permitem o juízo de probabilidade, indispensável para

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 177-178.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 178.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 180.

a decretação da interceptação telefônica. Nesse contexto, “a existência de uma investigação policial ou instrução, (...) resulta como pressuposto lógico da interceptação telefônica”.¹²²

Todavia, não se está a afirmar que seja preciso que haja um inquérito policial já aberto. Bastam notícias fundadas, razoáveis, sobre a infração e autoria. A interceptação pode ser o primeiro ato da investigação criminal, desde que já existam indícios razoáveis de autoria ou participação em uma infração penal.¹²³

Nesse mesmo sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça. Vislumbram-se diversos precedentes¹²⁴ que aceitam como válida a fundamentação da existência de “indícios razoáveis” mesmo quando não exista investigação policial prévia ou instrução processual penal. Afinado com este entendimento, assim manifestou-se o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 136.659/SC, *in verbis*:

(...) Destaque-se que esta Corte já decidiu ser prescindível a prévia instauração de inquérito ou ação penal para a decretação de quebra de sigilo telefônico; isso porque, a interceptação telefônica, disciplinada na Lei 9.296/96, tem natureza de medida cautelar preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão. **Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório**, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. **A legislação fala em investigação criminal, não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial.** (HC 136659/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 03/05/2010) (grifo nosso)

Destaca a doutrina, por outro lado, que a questão da necessidade de existência dos indícios refere-se justamente ao fato de que se caso assim não fosse o instituto das interceptações telefônicas valer-se-ia como uma espécie de investigação de “prospecção”.¹²⁵

¹²² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 180.

¹²³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 180.

¹²⁴ Nesse mesmo sentido: REsp. 827.940/SP e HC 20.087/SP.

¹²⁵ Luiz Fernando Torquato Avolio alerta, contudo, que a prática policial acaba por realizar procedimentos que configurariam a prospecção citada pelo autor (Luiz Flávio Gomes), uma vez que de forma recorrente realiza-se (de maneira ilegal), “através de técnicas de rastreamento de aparelhos celulares, a partir da discagem de um número determinado vou da ‘escuta aleatória’ das conversas travadas no alcance de uma frequência. Todavia, comprovada a existência de tal prática deve-se considerar a prova obtida através desta prática como ilegal por derivação, pois derivou de obtenção totalmente contra a lei. *In*: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 176.

Não se pode admitir como finalidade a intenção de se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime. A interceptação deve ocorrer apenas após o cometimento de algum delito. Só depois da ocorrência do crime torna-se possível a medida cautelar. Não pode haver intervenção “pré-delitual”.¹²⁶

Por outro lado, além da existência concreta de um fato relevante no âmbito penal se deve ter presente, também, os pressupostos capazes de ensejar uma punição, como, por exemplo: punibilidade da infração (ou seja, devem estar ausentes causas impeditivas como imunidade material parlamentar ou a imunidade diplomática, por exemplo), condições objetivas de punibilidade, ausência de prescrição da pretensão punitiva, condições de procedibilidade (casos em que se tenha caso de ação penal privada ou pública condicionada à representação, sendo necessária, portanto, manifestação da vítima para que ocorra a ação penal cabível). Desta forma, como se trata de medida excepcional e que envolve direito fundamental deve-se vislumbrar a viabilidade da punição.¹²⁷

A relevância da existência dos pressupostos de punibilidade da infração também possui destaque frente ao entendimento jurisprudencial. No caso, determinou-se a inutilização do material colhido em sede de interceptação telefônica por se tratar de tipo penal que sequer havia condição objetiva de punibilidade. Assim se vê:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS NÃO DEMONSTRADA. ILEGALIDADE. 1. O Poder Constituinte Originário resguardou o sigilo das comunicações telefônicas, erigindo-o à categoria de garantia individual, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, admitindo, de forma excepcional, a sua flexibilidade, nos termos da Lei n. 9.296/96, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. 2. Além da necessidade do ilícito em apuração ser apenado com reclusão, **o legislador ordinário estabeleceu ainda como critérios para a utilização da interceptação telefônica, a contrario sensu, a existência de indícios acerca da autoria ou participação na infração penal**, bem como a demonstração de inviabilidade de produção da prova por outros meios. 3. Demonstrado, *in casu*, que a representação pela quebra do sigilo telefônico dos pacientes foi deferida antes mesmo dos sócios da empresa investigada terem sido ouvidos pela autoridade policial, tratando-se de medida primeira em busca de provas acerca da autoria do ilícito, imperioso o reconhecimento da ilegalidade da medida. **SONEGAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE**

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 180.

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 181.

CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO TIDO POR SONEGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. **1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, tratando-se de crime de sonegação fiscal, enquanto ausente a condição objetiva de punibilidade, consistente no lançamento definitivo do crédito tributário tido por sonegado, inviável o deferimento de qualquer procedimento investigatório prévio.** 2. Ordem concedida para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/96, devendo as instâncias ordinárias absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio invalidado. (HC 128087/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 14/12/2009) (grifo nosso)

Destaca-se que o legislador exigiu a existência de “indícios razoáveis”, que não se confundem com “indícios suficientes” ou com a “razoável suspeita”. Para tanto, deve a autoridade judicial concedente avaliar e ponderar com prudência as alegações apresentadas pela autoridade requerente para o deferimento do pedido.¹²⁸

Entende-se que não se trata da existência de plena certeza de que determinada pessoa seja realmente autor ou partícipe do crime, pois nesse caso desnecessário seria esse meio de prova. Haverá necessidade de um conjunto de elementos razoáveis que vincule o investigado e o fato criminoso praticado, de modo que, na análise dos fatos, o magistrado tenha fundamentos razoáveis para determinar a interceptação.¹²⁹

Nesse mesmo sentido, Greco Filho afirma que a exigência de que haja indícios razoáveis de autoria ou participação significa que deve haver fato determinado definido como crime e que necessite ser apurado e provado. Torna-se indispensável a existência de vinculação de alguém a fato criminoso específico punido com reclusão.¹³⁰

Por tratar-se de conceito de interpretação capaz de ensejar dúvida, pertinente demonstrar como ocorre a análise pelas autoridades judiciais das alegações da autoridade policial ou do Ministério Público e quais fatos são passíveis de identificação com o conceito de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, constante no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9296/1996. Ilustremos, pois, através de dois casos.

¹²⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 287.

¹²⁹ SANTOS, Fábio Santana dos. Direito à privacidade e interceptação telefônica. *In: Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Macapá, Tribunal de Justiça do Amapá, 1996. n. 9. p. 63.

¹³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 28.

O primeiro refere-se a julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em que o impetrante do Habeas Corpus nº 64096 /PR¹³¹ buscava a concessão da ordem para que fosse reconhecida a nulidade da interceptação telefônica formulada, pois a mesma foi concedida sob o (único) fundamento de que a existência de denúncia anônima contra si configurava a existência dos indícios necessários. Ocorre que, com bem analisou o Ministro Arnaldo Esteves Lima, apesar de reconhecer-se a aptidão da denúncia anônima para a instauração de inquérito policial – e, desta forma, apurar a veracidade dos fatos alegados - a mesma não é suficientemente capaz de ensejar a quebra de sigilo telefônico. Vejamos a justificativa apontada pelo Ministro ao longo de seu voto:

(...) Observo que a motivação pela qual o Ministério Público requereu e o Juízo Federal, efetivamente, autorizou a interceptação telefônica em comento decorreu exclusivamente de denúncia anônima àquele endereçada. (...) Não obstante, **embora apta para justificar a instauração do inquérito policial, a denúncia anônima não é suficiente a ensejar a quebra de sigilo telefônico.** (...) **A delação apócrifa não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva,** ainda que indiciária, mas, como visto, mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal). **Cumpra ressaltar que, no caso concreto, a quebra de sigilo telefônico foi a primeira diligência tomada nos autos do inquérito policial, situação que, segundo o acórdão regional, corrompeu todo o procedimento, porquanto todas as provas produzidas são derivadas das escutas telefônicas obtidas em desconformidade com a lei.** (...) Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, **declarar ilícitas todas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.** (HC 64096/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 04/08/2008) (grifo nosso)

Verifica-se, nessa situação, portanto, que a simples existência de denúncia anônima - e apenas ela - não é capaz de ensejar autorização de interceptação telefônica. Tal nulidade, inclusive, ensejou a ilicitude (por derivação) de todos os outros meios de prova que a partir da interceptação foi possível conhecer.

¹³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 64096/PR**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.05.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

O segundo caso¹³² refere a julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, onde se pretendia a autorização de quebra do sigilo telefônico em virtude de matérias jornalísticas nas quais, segundo o requerente, configuravam como sendo indícios de autoria de crime. Segue parte do voto do Ministro Nelson Jobim em relação a este ponto do julgamento:

Os sigilos bancário, fiscal e telefônico não se caracterizam como direito absoluto. Eles cedem frente às circunstâncias que revelam interesse público relevante. Para autorizar essa medida excepcional, é necessário que haja indícios suficientes da prática de um delito. Eles devem ser, de tal forma, consistentes, a fim de gerar convencimento acerca da existência e da autoria da infração penal. (...) Os indícios que o agravante traz, para fundamentar a pretensão de violar os sigilos bancário, fiscal e telefônico do acusado não passam de meras notícias jornalísticas (...) A pretensão é de devassa da vida do Senhor Deputado para fins políticos. A quebra dos sigilos pretendida é desarrazoada. (...) Verifico, nessa decisão, a necessidade de acusação ter plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. (Pet 2805 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00655)

Desta forma, fica evidente que deve haver ponderação no que tange a caracterização de algo como indícios, uma vez que se trata de medida excepcional a quebra do sigilo telefônico.

Nesse contexto, caso seja aprovado o Projeto de Lei que aqui se está analisando, uma pequena mudança ocorrerá no dispositivo em questão. O artigo 4º possui como previsão legislativa, ao invés do adjetivo “razoável” ao termo indícios (como hoje é), está presente o adjetivo “suficiente”.

Conforme já dito anteriormente, o presente trabalho não pretende esgotar, nem mesmo analisar esta específica mudança, mas cumpre ressaltar que há entendimento doutrinário¹³³ no sentido de afirmar que se trata de conceitos distintos.

Todavia, consoante se lê do voto citado acima, proferido pelo Ministro Nelson Jobim, o mesmo referiu-se a “indícios suficientes”, quando hoje a legislação possui a expressão “indícios razoáveis”. Pode ser que o entendimento jurisprudencial, caso ocorra a mudança, seja no mesmo sentido no qual hoje ocorre, mas o real entendimento é uma quem sabe

¹³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Petição 2805/DF**. Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 13.11.2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12.11.2010.

¹³³ Nesse sentido: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. *In: ARANHA*, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 287.

alteração no âmbito das possibilidades de autorização de interceptação telefônica será dado pela jurisprudência.

1.2. A ausência de outros meios de prova disponíveis

O segundo requisito no tocante ao deferimento da autorização de uma interceptação telefônica se refere à existência de outros meios de prova menos “lesivos” capazes de ensejar a obtenção da prova que se deseja buscar. A importância deste dispositivo e sua presença na legislação devem-se ao fato de que, sendo a quebra do sigilo telefônico a exceção, qualquer outro meio menos insidioso deverá ser utilizado antes de se recorrer à interceptação telefônica.

Da mesma forma que o requisito anterior, a exigência constante no art. 2º, II, da Lei 9296/1996 também se reveste de pressuposto do deferimento de uma medida cautelar. Caracteriza-se aqui o *periculum in mora*. Trata-se do segundo pressuposto básico a interceptação e exprime o perigo ou risco para a salvaguarda de um direito ou interesse, caso haja demora, ou seja, se não tomada de forma imediata uma providência.¹³⁴

O direito à intimidade e a garantia da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, conforme já visto em capítulo anterior, está presente e protegido pela nossa Magna Carta. Mereceu maior destaque, ainda, pois presente dentro do título da Constituição de que trata dos direitos e garantias individuais. Portanto, nada mais justo que a utilização da interceptação como meio de prova seja a exceção, devendo ser utilizado como último meio de obtenção probatória. Nesse sentido manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. QUADRILHA OU BANDO. ART. 244-A DO ECA. (1) AÇÕES PENAIS, EM PARTE, TRANCADAS. PARCIAL PERDA DO OBJETO. (2) INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MEDIDA CONSTRITIVA. ESGOTAMENTO DE PRÉVIOS MEIOS DE PROVA. NÃO

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 181.

VERIFICAÇÃO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILICITUDE.
RECONHECIMENTO.

1. Sobrevindo o trancamento em parte das ações penais, objeto do writ, tem-se a parcial perda do objeto, restando, em tal extensão, prejudicada a ordem.
2. A interceptação telefônica é medida constritiva das mais invasivas, sendo imprescindível, para o seu deferimento, que a informação somente seja obtida por tal meio, e, que haja a devida motivação. 3. Ordem, em parte prejudicada, e, no mais, parcialmente concedida apenas para declarar a ilicitude das interceptações telefônicas realizadas a partir de 9 de dezembro de 2003. Com voto vencido. (HC 49146/SE, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 07/06/2010) (grifo nosso)

Todavia, apesar do tratamento constitucional dado ao sigilo e do seu caráter excepcional, paira na doutrina divergência em relação a quando seria o momento no qual devem estar presente esses outros meios disponíveis. A dúvida seria se a verificação da existência de outros meios seria no momento do deferimento da medida judicial que autoriza a interceptação ou se a verificação deve ocorrer durante toda a instrução penal. Em outras palavras, se verificado em algum momento da investigação ou instrução penal a possibilidade de utilização de meio probatório diverso; a prova obtida através de interceptação – mesmo que autorizada – não poderá ser validada.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha sustenta, de maneira diversa que a maioria da doutrina, que a verificação da validade da prova obtida através de interceptação telefônica, sob o fundamento de inexistência de outro meio de prova capaz de se obter a prova pretendida, deve ocorrer a partir de uma análise posterior à obtenção desta prova. Explica o autor que, primeiramente, quando do momento da concessão ou não da autorização, o juiz deve deferir ou não a medida após avaliação prévia, ponderada e prudente do pedido de interceptação. Sucessivamente, depois de feita a prova, examinando-se todo o conjunto probatório, verificar-se-á se o mesmo poderia ser obtido por outro meio que não a interceptação. Se ficar demonstrado pelo todo colhido que poderia ser a mesma obtida por um meio normal de prova, não deve o material, fruto da interceptação, permanecer nem servir como prova. Para o autor, a prova “seria reconhecida como colhida ilegalmente ou mediante artifício por parte do requerente”.¹³⁵ No entanto, não se trata de entendimento majoritário da doutrina.

¹³⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 288.

Por outro lado, pode se entender que o sentido expresso em "não estar disponível" pode significar, na verdade, estar oculta (inconsciente ou propositadamente) ou, simplesmente, não haver interesse de se investigar por outro meio.¹³⁶

Vicente Greco Filho aduz que a disponibilidade de outros meios no qual a legislação se refere é verificada no momento em que é solicitada a interceptação. Sendo assim, o surgimento de outros meio que surgem, posteriormente, não invalidariam a prova colhida. Por outro lado, “se a autoridade oculta a possibilidade de outros meios ou age com grave desinteresse, tais atitudes contaminam a prova colhida por meio da interceptação”. Ressalta-se, ainda, que em reforço à exigência que ora está se tratando, determina o art. 4º da Lei 9296/1996 que o pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade à apuração de infração penal.¹³⁷

Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, também se coaduna à tese de que o surgimento de outros meios de provas no curso da investigação ou do processo penal não invalida a prova colhida, anteriormente, através de interceptação telefônica. Entende que quando a interceptação tiver sido autorizada em função de o juiz considerá-la, quando do juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova e, após, demonstra-se que outros existiam, tal prova não merece ser considerada ilícita.¹³⁸

A exigência constante no inciso II, art. 2º da Lei de Interceptações Telefônicas deve ser encarado como requisito necessário à autorização, não podendo considerá-lo como condição de validade da prova. Se no momento da cognição - que é sumária - do juiz, a quebra do sigilo lhe pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá ocorrido de forma legal. A posterior constatação de que se poderiam obter as provas colhidas através de outros meios que não a quebra do sigilo telefônico não faz com que a autorização perca seu caráter legal.¹³⁹

Lenio Luiz Streck, por seu turno, alerta que frente a dúvidas que possam surgir em relação ao alcance que pode ter a expressão “outros meios disponíveis”, a melhor forma de interpretá-la será a restritiva. Para o autor, não se considera como meio disponíveis “os que,

¹³⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

¹³⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 222.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 222.

materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim os meios legais processuais”, a exemplo da oitiva de testemunhas, da busca e apreensão de documentos, da perícia, entre outros. Se assim não fosse, uma alegação policial, por exemplo, de que faltam peritos para realização de possível perícia poderia ensejar o deferimento de uma escuta. Mas não pode ser essa a abrangência do conceito, uma vez que a regra, conforme já visto, é a resguarda do direito fundamental à intimidade e privacidade.¹⁴⁰

Outrossim, o Projeto de Lei nº 3272 de 2008, também se preocupou em demonstrar a necessidade de se interpretar a matéria à luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que trata-se de regulamentação na qual se dispõe a relativizar o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas. Assim, ressalta a exposição de motivos do referido projeto:

(...)Em respeito ao princípio da reserva de lei proporcional, a regulamentação da matéria há de resultar da escrupulosa ponderação dos valores em jogo, observado o princípio da proporcionalidade, entendido como *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*, que deve levar em conta os seguintes elementos: a) *adequação*: a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; b) *necessidade*: como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; c) *proporcionalidade estrita*: a ponderação entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito); e d) a vantagem alcançada.

Torna-se evidente, portanto, que deve sempre estar presente a ponderação dos valores envolvidos, “merecendo elogios os incisos I e II, por institucionalizarem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* como pressupostos para a autorização das interceptações”.¹⁴¹

1.3. Infração penal punível com pena de reclusão

¹⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 46-47.

¹⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 46-47.

O terceiro requisito que deve ser preenchido para que se possa autorizar a realização de escuta telefônica é que o crime que se está investigando seja punível com a pena de reclusão. Diante disso, reconhece-se a larga abrangência da Lei nº 9296/96, uma vez que todos os crimes punidos com tal pena são passíveis de autorização judicial.

A maioria da doutrina entende que a possibilidade de se fazer a quebra do sigilo telefônico com relação a todos os crimes de reclusão necessita ser restringida, uma vez que muito ampla. Como há muitos crimes punidos com a pena de reclusão, existem aqueles que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Como já visto, a figura da interceptação possui caráter extremamente invasivo na privacidade do cidadão, portanto, sua utilização deverá ser a mais restrita possível.

Ressalta-se que, ultimamente, com “o ‘furor incriminatório’ de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada”, vislumbra-se que a amplitude positivada pela Lei 9296/1996 não está adequada. Necessita-se ponderar sobre os bens jurídicos envolvidos, devendo apenas se exigir o sacrifício do bem jurídico que é o sigilo das comunicações telefônicas quando a investigação ou instrução de crime envolva bens jurídicos de maior tutela.¹⁴²

Vicente Greco Filho dá exemplos de crimes punidos com reclusão de pena máxima nos quais em hipótese alguma justificariam a utilização das interceptações. Seriam eles: o furto simples – que ressalta o autor a possibilidade de sua pena ser convertida em multa, quando de pequeno valor a *res furtiva* -; o estelionato - outro que também admite, dependendo das circunstâncias, a aplicação apenas de multa-; crimes contra a ordem tributária; crimes contra o meio ambiente.¹⁴³

Para o autor, ainda, a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de sopesar os bens jurídicos envolvidos no crime a que se quer a autorização de quebra do sigilo telefônico seria um bom caminho para estabelecer se o crime – mesmo que punido com a pena de reclusão – seria passível de autorização. Sustenta que seria complicado um prévio estabelecimento de quais sejam esses crimes ou essas situações, mas não seria legítima e

¹⁴² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 22.

¹⁴³ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

constitucionalmente sustentável a interceptação se, além da cominação abstrata da pena de reclusão, a situação concreta não fosse especialmente grave.¹⁴⁴

Nesse mesmo sentido, citando como parâmetro a utilização do princípio da proporcionalidade, afirma Luiz Flávio Gomes que o legislador pátrio procurou – através da seleção de crimes passíveis de interceptação como aquelas crimes punidos em abstrato com reclusão – dar efetividade ao referido princípio. Ainda em relação ao referido princípio norteador, aduz que:

Não é demais recordar que o referido princípio tanto está presente (ou deve estar) no instante da feitura da lei como no da aplicação e execução. Em todo o momento a medida restritiva de um direito fundamental deve ter a medida do justo. Consoante a imagem do poder legislativo, a interceptação telefônica num crime punido com reclusão seria proporcional à ingerência excepcional na intimidade das comunicações. O critério eleito pode não ser considerado o melhor. Mas é certo que foi estabelecido esse parâmetro. Para o autor o que conta é a pena máxima cominada.¹⁴⁵

Poder-se-ia utilizar como parâmetro prático e sobre a definição da gravidade da infração que justifica a interceptação, por exemplo, o rol da Lei de Crimes Hediondos¹⁴⁶ (Lei 8072/1990), a Lei da Prisão Temporária¹⁴⁷ e, eventualmente, as legislações estrangeiras¹⁴⁸ nas quais relacionam os crimes que podem ensejá-la.¹⁴⁹

¹⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 185.

¹⁴⁶ O artigo 1º da referida lei prevê que são considerados hediondos os seguintes crimes (tanto na forma consumada como na forma tentada): I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3o, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2o); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1o); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado.

¹⁴⁷ Dispõe o art. 1º da referida lei que são crimes passíveis de prisão temporária, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) seqüestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante seqüestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor ; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro.

A autora Ada Pellegrini Grinover sustenta que o legislador não respeitou, através deste dispositivo, o caráter excepcional do sigilo que, claramente, foi estabelecido pela Constituição Federal. Trata-se de defeito grave ou mesmo excesso da lei, uma vez que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em todos os casos de crimes apenados, em abstrato, com pena de reclusão. Incluindo-se todos os crimes apenados com a pena de reclusão pode-se chegar a autorização para crimes em que ausente grande potencial ofensivo. Por outro lado, a mesma abrangência que tanto se contesta exclui do âmbito de abrangência da lei aquelas infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua natureza, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação.¹⁵⁰

Apesar de tratar-se de “poderoso instrumento, freqüentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves”, o meio de prova que aqui está se tratando configura, também, “uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como *ultima ratio*”.¹⁵¹

Luiz Francisco Torquato Avolio, por sua vez, afirma que o legislador pátrio cometeu dois consideráveis equívocos: um de ordem pública, e outro, de ordem prática. O problema em relação à ordem público refere-se, justamente, conforme frisados por outros autores, o não atendimento à natureza excepcional da previsão contida no art. 5º, inciso XII, da Constituição. No que tange à ordem prática, a problemática se refere à aplicação da medida, “pois se de um lado é exagerada a regra ao admitir em qualquer delito punido com pena de reclusão, por outro restringe em casos em que poderia ser necessária, como na contravenção do jogo do bicho ou em crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone”.¹⁵²

¹⁴⁸ Como exemplo de legislações que prevêm um rol taxativo com os crimes dos quais poderão ser objeto de interceptação telefônica, temos a legislação italiana e a portuguesa. O Código de Processo Penal Português prevê que “a medida devesse ser indispensável para a formação de prova de crimes previstos no inciso 1, do artigo 187, o qual elenca a lista de crimes I a respeito dos quais poderão ser feitas interceptações telefônicas”. Já na legislação italiana “o crime a partir do qual houve a iniciativa do Ministério Público sobre a interceptação telefônica deve estar taxativamente previsto no rol do artigo 266 do código de Processo Penal Italiano (artigo 266, inciso 1)”. COLLI, Maciel. Interceptações telefônicas: uma análise sob o direito comparada da Itália, Espanha e Portugal, *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (org.). **Processo Penal Contemporâneo**, Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

¹⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24-25.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 219.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 222.

¹⁵² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 177.

De todas as colocações apresentadas pela doutrina em relação à problemática da abrangência da referida lei sobre os crimes em que se poderá autorizar a quebra do sigilo telefônico, a colocação apresentada por Avolio foi positivada. Vejamos como ficou o dispositivo do Projeto de Lei 3272 de 2008 que trata do assunto:

Art. 2º: A quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza é admissível para fins de investigação criminal e instrução processual penal relativas aos crimes apenados com reclusão e, na hipótese de crime apenado com detenção, quando a conduta delituosa tiver sido realizada por meio dessas modalidades de comunicação.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas as informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função.

Consciente de que a doutrina apontava para este defeito em relação aos crimes praticados “através de meios de comunicação instantânea” e que não possuíam pena de reclusão, a Exposição de Motivos do referido projeto destaca que a nova legislação, se aprovada, virá para corrigir tal defeito. Remete-se ao fato de que houve na legislação ora em vigor “inobservância do princípio da proporcionalidade, pois ao mesmo tempo em que permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza relativamente a todos os crimes punidos com reclusão, independentemente da conduta criminosa, deixa à margem os crimes punidos com detenção para os quais a quebra do sigilo se apresentaria como meio mais adequado de investigação”. Desta forma, estariam abrangidos, por exemplo, os crimes de ameaça e estelionato, quando praticados pelo telefone.

Outrossim, apesar de não se tratar da análise que aqui está sendo feita, importante destacar a previsão contida no parágrafo único do citado artigo, uma vez que este proíbe a utilização das informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função. Preocupou-se, desta forma, em se resguardar a relação constitucional advogado/cliente.

Sobre o tema aqui em questão, o Anteprojeto do Código de Processo Penal dispõe de maneira diversa. Vejamos:

Art. 235. A interceptação de comunicações telefônicas não será admitida na investigação ou instrução processual de infrações penais cujo limite mínimo

da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, salvo:

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

II – no crime de formação de quadrilha ou bando.

Ada Pellegrini Grinover, em comentário ao dispositivo presente no projeto de novo Código de Processo Penal, entende que “permitir a quebra do sigilo telefônico em relação a todos os crimes, que não sejam de menor potencial ofensivo, não é adequado e infringe a não excessividade. Entende que, do mesmo modo que já fazem outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, deve haver a enumeração taxativa dos crimes a cujo respeito a interferência seja possível, sendo assim considerados aqueles de maior gravidade ou que mais se prestam a serem investigados por meio das interceptações telefônicas.”¹⁵³

Nestes moldes, antes mesmo da aprovação definitiva do Anteprojeto do Código de Processo Penal, já figuram propostas de emenda ao mesmo. A proposta de emenda¹⁵⁴ no que se refere à abrangência dos crimes passíveis de quebra do sigilo das comunicações – à maneira dos ordenamentos estrangeiros – indica, taxativamente, quais os crimes poderiam ser objeto de interceptação telefônica. Seriam eles: I) tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; II) tráfico de seres humanos e subtração de incapazes; III) tráfico de armas, munições e explosivos; IV) tráfico de espécimes da fauna silvestre; V) corrupção de menores; VI) lavagem de dinheiro; VII) crime contra o sistema financeiro nacional; VIII) crime contra a ordem econômica e tributária; IX) crime contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão; X) crime de falsificação de moeda ou a ela assimilados; XI) roubo, latrocínio, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado; XII) homicídio doloso; XIII) ameaça e crimes contra a honra, quando cometidos por meio de comunicação telefônica; XIV) crimes decorrentes de ações praticadas por organização criminosa e XV) crimes decorrentes de ações terroristas.

Sobre o tema, a problemática que está presente na jurisprudência nacional se refere às hipóteses em que através de interceptação devidamente autorizada a mesma acaba por revelar a prática de crime punido com detenção. Nestes casos, entendem os tribunais que não pode a prova obtida através de interceptação lícita ser contaminada se através dela descobre-se crime

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Do regime das interceptações telefônicas no projeto de novo CPP proposta de emenda do IBDP**. Boletim IBCCrim., São Paulo, nº 213 (edição especial), 2010. p. 2-3.

¹⁵⁴ Proposta de emenda elaborada pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual).

que não tenha como pena a reclusão, mas a detenção. Assim se manifestou o Ministro Gilson Dipp, quando confrontado sobre o tema, *in verbis*:

Pelo exame do feito, sobressai que a escuta foi determinada para a obtenção de provas relativas aos crimes punidos com reclusão. Como ressaltado pelo Juiz de 1º grau, **se os pacientes fizeram prova, nos diálogos gravados, de outros crimes, não há motivo para a anulação de toda a escuta. Assim, se no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, ainda mais diante da possibilidade da existência de outras provas hábeis a embasar futuras condenações, do que não se perquire por ora. Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao Juiz da causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre eventual condenação do réu, sob pena de confirmar-se uma absolvição sumária do acusado sem motivação para tanto.** (RHC 13.274/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 276) (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Nelson Jobim, quando do julgamento de Habeas Corpus que dentre os argumentos havia o de que a interceptação havia se realizado, em verdade, em relação a crimes puníveis com detenção. Sustentou o Ministro que muito embora a Lei 9296/1996 tenha adotado “modelo mais elástico”, trata-se de tendência mundial a possibilidade de interceptação naqueles crimes considerados graves. No caso em tela, verificou-se a ocorrência do crime de sonegação fiscal e que, embora possua pena de detenção, encontra-se entre aqueles crimes considerados graves, pois se trata de crime contra a ordem econômica ou financeira.¹⁵⁵

Conclui-se, portanto, que apenas se aprovado o Anteprojeto de Código de Processo Penal com a respectiva mudança proposta pela emenda proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, é que nossa legislação caminhará no mesmo sentido que as legislações estrangeiras, uma vez que o Projeto de Lei nº 3272/2008 não possui como previsão um rol taxativo dos crimes nos quais seja possível a interceptação telefônica.

¹⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83515/RS**. Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 16.09.2004 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16.11.2010.

2. O tempo de duração

Cumprе ressaltar, conforme já dito anteriormente, que a decisão que defere a medida cautelar ora em análise deve ser sempre devidamente fundamentada, sob pena de ser considerada nula, em função do princípio previsto no art. 93, IX¹⁵⁶, da Constituição Federal.¹⁵⁷

O tempo de duração de uma interceptação telefônica devidamente autorizada é um tema que possui tanto divergências no âmbito doutrinário como também na jurisprudência. A lei atual vigente dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

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

Apesar da regulamentação legislativa expressa sobre a duração de uma interceptação telefônica autorizada, através de uma primeira leitura do dispositivo, no entanto, não é possível afirmar de maneira inequívoca se a renovação permitida é de apenas uma única vez ou se outras mais renovações podem existir. Essa é a dúvida presente na doutrina e na jurisprudência.

Vicente Greco Filho possui entendimento de que a decisão judicial que autoriza a interceptação de linha telefônica (que deverá obrigatoriamente ser fundamentada sob pena de nulidade) não pode exceder o prazo de quinze dias, sendo renovável por igual período quando comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Quanto à limitação do número de prorrogações possíveis, entende o autor que se deve entender no sentido de ser possível “tantas quantas necessárias à investigação”, afirmando que o prazo de trinta dias (que seria uma interceptação autorizada pelo prazo máximo previsto, que é de quinze dias, mais uma prorrogação de igual período) seria “muito exíguo”. Ressalta que uma leitura rápida do

¹⁵⁶ Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

¹⁵⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 188.

dispositivo pode dar a entender que a prorrogação apenas possa ocorrer uma única vez, no entanto, sustenta que tal não pode ser a interpretação por que o termo "uma vez" não se trata de adjunto adverbial no texto da lei, mas sim de uma preposição. Ainda, explicando seu posicionamento através de uma interpretação gramatical do dispositivo considera que o entendimento seria facilitado caso existisse uma vírgula após a palavra "tempo", mas sem dizer qual seria, após essa “correção”, o seu novo entendimento.¹⁵⁸

Concordando com o posicionamento anterior, Luiz Flávio Gomes ao afirmar que a interceptação telefônica é medida excepcional e tem como fundamento ser necessária para a obtenção de determinada prova, sustenta que:

O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca da sua indispensabilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada. A lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade. É o prudente arbítrio do juiz que está em jogo. Mais tecnicamente falando: é a proporcionalidade. No instante em que se perceber que a interceptação já não tem sentido, desaparece a proporcionalidade. Logo, já não pode ser renovada. E se o for, é nula.

Corroborando a tese apresentada, assim manifestou-se o Ministro Celso Limongi, quando do julgamento de Habeas Corpus no qual se alegava a ocorrência de constrangimento ilegal em função de condenação ocorrida com base em prova ilícita, uma vez que o monitoramento telefônico sob o condenado de estendeu por mais de dois anos, *in verbis*:

(...) É certo que houve diversos deferimentos dos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas. Tal fato, porém, não caracteriza nulidade. E isto, porque **não consta da Lei nº 9.296/96 que a autorização de interceptação telefônica pode ser prorrogado por uma única vez. O que a lei exige, sim, é que seja demonstrada a necessidade da medida.** E tal necessidade está demonstrada, como acima referido, pela complexidade das investigações. É humanamente impossível desvendar as ramificações de uma organização tão complexa, como aquela da qual o paciente foi acusado de integrar, com apenas trinta dias de investigação. A duração a interceptação telefônica deve ser proporcional à investigação a ser efetuada. Assim, o prolongamento das escutas está justificado nos autos, pelo que não se divisa na espécie coação ilegal a esse título. (HC 133037/GO, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 17/05/2010) (grifo nosso)

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

Ada Pellegrini, por sua vez, também concorda que a lei não é clara se, após uma prorrogação, outras seriam possíveis, aduzindo que a solução será dada pelo “bom senso” do juiz, que deverá guiá-lo com o auxílio do direito comparado. Conclui a autora que a hipótese de permissão de tantas prorrogações quantas necessárias deve existir “desde que continuem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação”.¹⁵⁹

Nesse sentido, posicionou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 152092-RJ¹⁶⁰, relacionado à autorização judicial de interceptação telefônica e sucessivas prorrogações que visava apurar a prática de crime de associação para o tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro. Afirmou o Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho que:

A investigação que embasou a denúncia cuidava de apurar as suspeitosas atividades de articulada e poderosa organização criminosa especializada no comércio ilícito de substâncias entorpecentes (especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos, esses últimos países receptores da droga, bem como na ocultação dos lucros auferidos com a atividade criminosa mediante a aquisição de postos de gasolina e investimentos em indústria petroquímica. (...) Nesse contexto, **não se divisa ausência de razoabilidade no tempo de duração das interceptações ou na quantidade de terminais interceptados, porquanto a dita numerosa quadrilha - veja-se que somente os ora pacientes possuíam 11 linhas telefônicas - e as intrincadas relações estabelecidas necessitavam de minucioso acompanhamento e apuração.** Ademais, a legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - **quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal.** (...) (grifo nosso)

A Corte Suprema brasileira posiciona-se nesse mesmo sentido, a exemplo do Inquérito 2424/RJ¹⁶¹, entendendo que há possibilidade de sucessivas renovações desde que

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 226. Nesse mesmo sentido também Luiz Francisco Torquato Avolio, afirmando que diverso não poderia ser o entendimento, na medida em que, imaginando como exemplo crimes como lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas, ambos podem ser praticados por longos períodos de tempo, na medida em que envolvem operações sucessivas para que o tipo penal se desenvolva plenamente. *In*: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 188-189.

¹⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 152092/RJ**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 08.06.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27.08.2010.

¹⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2424/RJ**. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11..2010.

fundamentadas e necessárias. Pode-se afirmar que no Supremo Tribunal Federal trata-se de matéria pacificada.

Até 2008, o mesmo se podia afirmar em relação ao Superior Tribunal de Justiça. Contudo, não mais se trata de entendimento consolidado e unânime frente a esta Corte. No julgamento do Habeas Corpus nº 76686/PR¹⁶², entendimento diverso teve o relator e Ministro Nilson Naves, que em oportunidades anteriores decidiu de forma diversa. A ementa do voto confirma o seu novo posicionamento:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. **Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.** 4. Já que não absoluto o sigilo, a **relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc.** É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. **Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.** 6. **Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.** (grifo nosso)

Cabe ressaltar, ainda, que o mesmo Ministro, em julgamento recente datado de 15.04.2010, manteve o posicionamento adotado no julgamento citado anteriormente. Decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 49146/SE¹⁶³, por maioria, em conceder a ordem para reconhecer a ilicitude das interceptações telefônicas prorrogadas sucessivamente. No mesmo sentido que o posicionamento do Ministro Nilson Naves, encontramos autores como Geraldo Prado e Sérgio Pitombo.

¹⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 76686/PR**. Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 09.09.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

¹⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 49146/SE**. Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 15.04.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

Geraldo Prado, quando do exame de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Recurso em Habeas Corpus nº 81326/DF, no que tange a alegação de nulidade quanto ao prazo de duração de interceptações telefônicas, posiciona-se pela não aceitação das prorrogações vistas como cabíveis pela maioria. Fazendo um paralelo com questões de ordem no âmbito do Direito Constitucional, assevera o autor que:

Ora, a suspensão do exercício de direitos fundamentais, em um estado social e democrático de direito, só tem sentido na defesa daquilo que a própria Constituição considera relevante, a preservação ampla, vale dizer, universal, do gozo desses direitos, afetada sobremaneira por uma situação de crise intensa. Em todas as Constituições democráticas, e a brasileira não é exceção, a suspensão de direito opera na emergência, transitoriamente, e a sua decretação configura requisito indispensável de validade dos atos jurídicos de defesa constitucional praticados neste interregno. (...) a suspensão de certos direitos fundamentais é tarefa exclusiva de determinados sujeitos políticos, assim autorizados pela Constituição da República, (...). A interceptação das comunicações telefônicas por tempo indeterminado, independentemente de ser prospectiva, tal seja, orientada a descoberta de crimes que ainda serão praticados, ou de ter índole cautelar (apenas no discurso), voltada a aquisição de informações sobre delitos já realizados e investigados, resulta na quase irresistível sedução que os modernos mecanismos de captação das conversas telefônicas proporcionam. Ocorre que enquanto durar a medida não existirá privacidade alguma para o investigado. Sempre é possível crer que “algo mais será dito” e que, em virtude disso, é razoável expandir a captação das conversas telefônicas. (...) A restrição do exercício desses direitos por óbvio está autorizada pela própria Constituição da República. A supressão temporária só o estará nas formas e casos definidos por essa mesma Constituição.¹⁶⁴

Segue o autor, aduzindo que não pode ser a Lei 9296/96 interpretada “em grau de restrição superior ao do estado de defesa (art. 136, par. 1º, I, c e par. 2º, da Constituição Federal)”¹⁶⁵, supondo-se que “o mais grave estado de instabilidade social deve ser tratado com medidas mais brandas que as dirigidas ao controle da criminalidade comum”. Não entende que seja razoável a medida mesmo em se tratando de crimes violentos, praticados por organizações criminosas ou contra a ordem tributária. Pode até parecer que seja adequada a medida quando analisada de forma isolada, entretanto, essa condição deixa de existir quando colocada “diante das demais regras constitucionais com as quais deve harmonizar-se”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p. 35.

¹⁶⁵ PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p. 38.

¹⁶⁶ PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p. 40.

Sérgio Pitombo, por sua vez, afirma que a interpretação de todas as normas que restrinjam direito individuais, ou sua garantia, deve ser de modo restritivo. Desta forma, não seria permitido o “alargamento” do prazo máximo de trinta dias. A possibilidade apenas seria cabível quando a autoridade judicial “com outro motivo e diversa motivação, determinar nova interceptação do mesmo telefone”.¹⁶⁷

A inovação trazida pelo Projeto de Lei nº 3272/2008 vem no sentido de, quem sabe, aniquilar com a dúvida que paira sobre a doutrina e a jurisprudência. Vejamos como dispõe o novo artigo 5º regulamentador sobre o tema do tempo de duração de uma interceptação autorizada e fundamentada:

Art. 5º. O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigredo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização, a indicação:

I - dos indícios suficientes da prática do crime;

II - dos indícios suficientes de autoria ou participação no crime, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;

III - do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados; e

IV - do prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações.

§ 1o O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, permitida sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência. (grifo nosso)

§ 2o O prazo correrá de forma contínua e ininterrupta e contar-se-á a partir da data do início da quebra do sigilo das comunicações pela prestadora responsável pela comunicação, que deverá comunicar este fato, imediatamente, por escrito, ao juiz.

§ 3o Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no caput.

Não há dúvidas de que o Projeto nº 3272/2008 inovou. Aumentou-se o prazo máximo de duração para sessenta dias, quando a lei anterior previa um prazo menor: quinze dias. Sobre a interrogação da possibilidade ou não de sucessivas prorrogações, mais uma vez foi o claro o dispositivo, ao afirmar expressamente que será “permitida sua prorrogação por iguais

¹⁶⁷ PITOMBO, Sérgio. **Sigilo nas comunicações - Aspecto Processual Penal**. Boletim IBCCrim, São Paulo, 1996. n.49, p.8.

e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida (...)”.

A grande alteração, no entanto, foi a fixação de prazo máximo de duração da medida cautelar após a possibilidade de sucessivas prorrogações. Fixou o dispositivo, de forma clara, que serão permitidas múltiplas prorrogações, no entanto, apenas até o limite de trezentos e sessenta dias ininterruptos. A única exceção para o não cumprimento desse longo prazo – quase um ano – é quando o tipo penal se tratar de crime permanente¹⁶⁸, sendo possíveis tantas quantas forem as decisões autorizadores enquanto não cessar a permanência do crime.

Cumprе ressaltar que o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal¹⁶⁹ ao regulamentar o tema, o fez de maneira diversa da que foi dada pelo projeto de lei ora analisado. O art. 240¹⁷⁰, caput, do referido Anteprojeto, manteve o aumento do prazo máximo de duração da interceptação (sessenta dias), por outro lado, fixou como prazo máximo de duração após possíveis sucessões o período de cento e oitenta dias ininterruptos, ou seja, metade do tempo fixado pelo Projeto de Lei nº 3272/2008. Destarte, manteve a exceção em relação aos crimes permanentes.

3. Dos conhecimentos fortuitos nas interceptações telefônicas

Inicia-se o presente capítulo com a seguinte indagação: Partindo-se da premissa de que há uma suspeita de envolvimento de A numa associação criminosa que se dedica ao furto e venda ilícita de automóveis, coloca-se o telefone de A sob escuta. No entanto, através desta, descobre-se que B (terceiro estrangeiro e não relacionado com o crime em suspeita) havia

¹⁶⁸ Define-se crime permanente, segundo Fernando Capez, aquele que “o momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o seqüestro (art. 148 do Código Penal)”. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Vol. 1 - Parte Geral, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 264.

¹⁶⁹ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, elaborado por comissão de juristas criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008. O anteprojeto possui como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e relatoria do Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira.

¹⁷⁰ Art. 240. O prazo de duração da interceptação não poderá exceder a 60 (sessenta) dias, permitida sua prorrogação por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da diligência, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

feito pedido para A proceder à falsificação de um passaporte nacional em favor dele.¹⁷¹ Diante desta situação, verifica-se que através de uma escuta telefônica autorizada e legítima, obteve-se informação na qual desconhecia-se mas que seria cabível de ensejar responsabilização criminal. A dúvida que fica é: seria possível a utilização destas informações obtidas fortuitamente como meio de prova?

O exemplo acima externado configura de maneira bastante clara algo que, freqüentemente, os tribunais se deparam: os conhecimentos fortuitos. Não raro, os monitoramentos telefônicos autorizados judicialmente acabam por captar conversas que dizem respeito a outros fatos penalmente relevantes; no entanto, diversos daqueles que ensejaram o deferimento da medida, dando margem ao surgimento de novas investigações com base na prova produzida originalmente para fim diverso. Ainda, podem surgir outros envolvidos com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação.¹⁷²

No que se refere ao tema dos conhecimentos fortuitos – ou também chamado de encontros fortuitos – obtidos através das interceptações telefônicas não há, até então, dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro que defina de maneira expressa qual o tratamento a ser dado para estas informações. Não se trata de problema exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que em países como, por exemplo, Portugal e Alemanha, a questão ainda depende de soluções doutrinárias ou da construção jurisprudencial.¹⁷³

Neste seara, portanto, pertinente será a análise elaborada pela doutrina e pela jurisprudência sobre o assunto, uma vez que não existe regulamentação expressa e devidamente positivada em relação a isto¹⁷⁴. Ressalta-se, todavia, que a doutrina que mais cuidou e pronunciou-se sobre o tema é a alemã, razão pela qual será dada maior evidência ao posicionamento adotada naquele país.

¹⁷¹ Exemplo aventado por Manuel da Costa Andrade. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 275.

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica e “encontro fortuito” de outros fatos**. Boletim IBCCrim., São Paulo, nº 51, p. 6, 1997.

¹⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. Conforme o autor, tanto em Portugal como na Alemanha, mesmo com a existência em seus ordenamentos de “um regime processual penal das escutas telefônicas (...) não é possível pedir resposta direta a praticamente nenhum dos problemas de mais evidente alcance prático-jurídico”. p. 273.

¹⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. Refere-se o autor que “da elaboração doutrinária e da intervenção co-criadora da jurisprudência que há de se esperar o necessário e definitivo enquadramento normativo dos problemas práticos suscitados pelas escutas telefônicas”. p. 281.

Conforme leciona Danilo Knijnik¹⁷⁵, convém diferenciar, primeiramente, os “conhecimentos da investigação” dos “conhecimentos fortuitos”, uma vez que requerem um tratamento distinto¹⁷⁶. Aqueles se referem aos “fatos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefônica”¹⁷⁷, ou seja, tomando como base a nossa lei regulamentadora das interceptações, seriam os fatos que são objetos da investigação que determinou a medida e, cuja causa provável tenha sido fundamentadamente analisada pela autoridade judicial, conforme dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei nº 9296/96, no qual atenta para a necessidade de existência de “indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal”, modelo de constatação bastante rarefeito.¹⁷⁸ Ainda, trata-se “da categoria processual conhecida por objeto do processo, na sua acepção de situação histórica da vida, amplamente considerada”¹⁷⁹.

Por outro lado, deve-se entender por “conhecimento fortuito” “aqueles fatos obtidos mediante uma escuta telefônica validamente efetuada e que não se reportam nem ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (...) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele”¹⁸⁰. Importante ressaltar, também, que o conhecimento não se confunde com a prova ilícita por derivação. Enquanto os conhecimentos fortuitos casuais são obtidos por um meio de prova legal; a prova ilícita por derivação, como o próprio nome já adianta, são descobertas relevantes, mas obtidas através de um meio ilegal de prova.¹⁸¹

Esquemáticamente, para Knijnik, se poderia dividir e concluir a questão da seguinte maneira: a) os conhecimentos da investigação advêm de um meio probatório originário lícito, resulta de forma inerente à autorização da medida e sua valoração é permitida; b) os conhecimentos fortuitos, por sua vez, também advêm de um meio probatório originário lícito, mas seu resultado é alheio à autorização e, desta forma, sua valoração deve ser proibida; por

¹⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

¹⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 282.

¹⁷⁷ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 282. p. 306.

¹⁷⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

¹⁷⁹ AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**; contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004 apud KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

¹⁸⁰ AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**; contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004 apud KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

¹⁸¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 84.

fim c) os conhecimentos por derivação também devem ter sua valoração proibida, mas por decorrerem de um meio probatório ilícito.¹⁸²

No cenário alemão, conforme menciona Manuel da Costa Andrade, quando pela primeira vez confrontou-se com a problemática ora tratada, o posicionamento foi no sentido de entender que seria admissível a valoração de todos os conhecimentos fortuitos obtidos a partir de uma escuta telefônica validamente realizada.¹⁸³ Desta forma, decidiu-se que “os indícios recolhidos a partir da gravação das conversações telefônicas podem ser utilizados como fundamento de investigação contra qualquer dos crimes não incluídos no catálogo”.¹⁸⁴ De maneira geral, “sustentou-se como consequência extremamente óbvia o conhecimento de fatos estranhos à suspeita que a autorizou, pelo que, não proibido expressamente o seu uso, dever-se-ia presumir-se que o legislador o permitiu”.¹⁸⁵

No entanto, quando em 1976 a questão chegou ao Tribunal Federal Alemão não foi esse o entendimento, uma vez que se restringiu a interpretação que fora dada anteriormente. Considerou-se, na ocasião, que a valoração dos fatos conhecidos no âmbito de uma escuta telefônica só seria admissível se e na medida em que estivessem em conexão com a suspeita de um crime do catálogo. Configurava-se o que, atualmente, é a tese mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência: proíbe-se a valoração dos conhecimentos fortuitos “que não estejam em conexão com um crime do catálogo”.¹⁸⁶

Na doutrina nacional, Aury Lopes Jr. ressalta que, preliminarmente, deve-se ter como premissa que o ato judicial que autoriza a obtenção de informações telefônicas “é plenamente vinculado e limitado”, estando presente, desta forma, a característica da “especialidade” desta

¹⁸² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 84.

¹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 307. Assim decidiu o *Oberlandsgericht* de Hamburgo, em 1973.

¹⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. No ordenamento jurídico alemão vislumbra-se a existência de um rol de crimes nos quais se pode proceder a uma interceptação telefônica, o chamado “catálogo”. Entende-se por crime do catálogo aqueles crimes capazes de ensejar a autorização de uma interceptação telefônica. Um dos requisitos, no ordenamento jurídico alemão, é que o crime no qual se está pretendendo realizar determinada escuta telefônica estejam no rol dos crimes previsto previamente na legislação. Desta forma, apenas será possível a autorização se o crime encontrar-se nesse rol taxativo.

¹⁸⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 84.

¹⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 307

medida. Em função do caráter excepcional e lesivo de tais medidas, exige-se que seus efeitos possuam eficácia limitada e, mais ainda, a necessária vinculação àquele processo.¹⁸⁷

Sustenta o autor que “trata-se de uma vinculação causal, onde a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante”. Ou seja, a decisão que autoriza a medida cautelar ao mesmo tempo em que está “vinculada ao pedido”, também “é vinculante em relação ao material colhido”, uma vez que a interceptação telefônica¹⁸⁸ está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial.¹⁸⁹ Contrariando as majoritárias decisões alemãs sobre o tema, critica o autor afirmando que:

Constitui um absurdo obter-se - por exemplo - uma autorização judicial para realização de uma interceptação telefônica para apuração do delito de tráfico de substâncias entorpecentes e, posteriormente, utilizar esse material probatório para instauração de outro processo criminal, pelo delito de sonegação fiscal. Existe um ilegal desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime e utilizada para punição de outro.

Igualmente inadmissível, é que seja determinada judicialmente a restrição de determinado direito fundamental do réu (inviolabilidade de domicílio, sigilo das comunicações telefônicas, etc.) e essa prova venha a ser utilizada contra terceiros. Já constitui uma violência ilegítima, mas inevitável diante da natureza do instrumento probatório empregado, que terceiros tenham suas conversas com réu gravadas. Isso é inevitável, compreende-se. Contudo, é elementar que em relação a terceiros, o produto dessa interceptação telefônica não possa ser utilizado, pois viola a especialidade e vinculação de prova.¹⁹⁰

Mas foi em sentido diverso que se posicionou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de habeas corpus em que o paciente sequer havia sido citado na exordial acusatória, mas fora condenado em função do descobrimento de prática de crime em função de interceptações telefônicas autorizadas para a apuração de crimes cometidos por outras pessoas. Manifestou o Min. Moreira Alves, ressaltando a omissão legislativa no tocante aos

¹⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 539.

¹⁸⁸ Refere-se o autor que o mesmo também se considera em relação a outros meios de obtenção de prova como a busca e apreensão, a quebra do sigilo bancário ou fiscal, por exemplo.

¹⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 539.

¹⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 541-542. Conforme o autor ainda, o princípio da especialidade da prova é empregado, também, no âmbito da Cooperação Penal Internacional quando prevê que se determinada prova foi requisitada baseada em determinado tipo penal, sua utilização somente é admissível para legitimar denúncia desse mesmo tipo penal; sendo diverso o crime objeto da denúncia, a prova - pelo princípio da especialidade da prova - torna-se inadmissível.

conhecimentos fortuitos - mas não reconhecendo o presente caso como tal - da seguinte forma, *in verbis*:

Autorizada judicialmente essa escuta nesses três terminais telefônicos, verificou-se que os três investigados eram inocentes, mas que o companheiro – ora paciente – da investigada V. S. em cujo nome constava o telefone da residência em que ambos viviam é que estaria envolvido no tráfico de drogas, crime esse pelo qual veio, finalmente, a ser condenado, com base também em provas outras que não apenas na colhida na transcrição resultante da escuta telefônica. **Trata-se, pois, de hipótese em que o investigado, que é aquele em cujo nome está o telefone pelo qual se faz a comunicação relativa ao tráfico de drogas, é inocentado, mas em que o seu aparelho telefônico serve para outrem – que, na espécie, vive com ele em relação de concubinato – de utilizar-se para a prática desse crime. A lei 9296/96 foi omissa a esse respeito, mas em hipóteses como a presente, em que há denúncia de que para a prática do crime há utilização de um determinado aparelho telefônico induz à investigação daquele em cujo nome consta esse aparelho, e da escuta autorizada se verifica que o crime deve ser imputado a outrem que com ele vive, não se trata, em vigor, sequer de crime descoberto ocasionalmente, mas da descoberta de seu verdadeiro autor** em decorrência de investigação diretamente dirigida à apuração da ocorrência do delito e de sua autoria. (HC 78098, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 01/12/1998, DJ 06-08-1999 PP-00007 EMENT VOL-01957-02 PP-00335) (grifo nosso)

Apesar da posição contrária a utilização dos “conhecimentos fortuitos” como prova, Lopes Jr. não descarta a possibilidade de que esta sirva como notícia-crime, caracterizando-se, desta forma, como fonte de prova, mas não como prova. Assim, a prova deverá ser constituída de forma autônoma, através de nova investigação que pode ser instaurada com novas buscas ou interceptações que podem ser adotadas.¹⁹¹

É salutar, portanto, concluir, que a interceptação tem de existir somente para averiguar fato determinado, não servindo para vasculhar a vida do cidadão, o que desnaturaria a medida como meio de prova e a tornaria uma vigilância constante.¹⁹²

¹⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 54. Nesse mesmo sentido: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Sustenta o autor que: se assim não fosse, estar-se-ia usando indiscriminadamente de uma autorização judicial, fora de seus limites balizadores e fugindo-se do fundamento apresentado para o uso de um meio de exceção, como é indiscutivelmente a interceptação telefônica. A prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para a autorização judicial. Fora de tal hipótese, estar-se-ia usando de uma prova ilícita quanto ao modo em que colhida, porque fugiu dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida. *In*: ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva. p. 295.

¹⁹² SANTORO, Antonio; SANTOS, Rodolfo. **A validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas**, Boletim IBCCRIM nº210 – Maio/2010.

Sustentando o mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento citado anteriormente, Luiz Francisco Torquato Avolio afirma que “se a polícia tem conhecimento de um crime, mas ainda não possui um suspeito, a medida da interceptação poderá recair sobre pessoa indeterminada”, uma vez que o intuito da diligência será mesmo descobrir o autor do crime. Para o autor, se a medida for limitada a uma linha telefônica e se justificar sua utilização no caso concreto, nenhuma ilegalidade terá a medida. Não estaria caracterizada nem “busca desarrazoada, nem violação às garantias processuais”. Ressalta o autor que o objetivo da interceptação abrange a fase de investigação criminal sendo que desta se pressupõe a oitiva de suspeitos. Por outro lado, quando a medida ocorrer na fase da instrução processual penal, “há de recair a interceptação exclusivamente sobre o réu, indigitado na denúncia, que é parte do processo”.¹⁹³

Por outro lado, o mesmo autor entende que quando a medida cautelar da interceptação telefônica encontra material que destoa do objeto da investigação, nem sempre poderá ser válida essa prova ainda que sob a natureza de notícia-crime. A licitude estará adstrita aos casos em que a notícia-crime servisse para hipótese de prisão em flagrante pela prática de crime permanente (como o seqüestro), ou quando se tratar de medida de caráter urgente, “como a desativação de uma bomba ou o impedimento da consecução de um crime grave”, invocando-se, para isso, o critério da proporcionalidade.¹⁹⁴

Partindo da situação em que se está investigando a atuação de alguém suspeito de tráfico de drogas. Nestes casos a finalidade encontra-se justamente em saber: quem adquire a substância, a quem é vendida, quais seus agentes ou colaboradores. Desta forma, a interceptação abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que esta sendo apurado e não apenas aquele que justificou a providência. Se assim não fosse, não veríamos utilidade nas interceptações.¹⁹⁵

¹⁹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 179-180. Nesse mesmo sentido: Vicente Greco Filho, afirmando que nesses casos de inocência daquele que estava sendo investigado - mas teve sua linha telefônica colocada sob escuta -, no caso de descobrir o real autor do crime não há “limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou.” *In*: GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34-35.

¹⁹⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 179.

¹⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34-35.

A problemática, no entanto, ocorre quando através de interceptação devidamente autorizada o crime do qual se teve notícia não possui conexão com aquele no qual se estava investigando.

Vicente Greco Filho entende que, nesses casos, será possível a utilização da prova se a infração descoberta não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão. O que não se deve admitir é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência. Justifica o autor que no momento em que a interceptação é autorizada, de fato não existe o requisito dos indícios razoáveis da autoria da infração conexa ou em concurso. Ocorre que “é fato notório que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade, ramificando-se do tráfico de entorpecentes para o seqüestro ou o contrabando de armas”.¹⁹⁶

Não deve haver uma limitação tão excessiva ao ponto de não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir do fato que a justificou. As investigações envolvem certa incerteza e abrangência, inerente a própria investigação. Seria incompatível uma delimitação rigorosa de pessoas e fatos.¹⁹⁷

Ada Pellegrini Grinover entende ser cabível a utilização dos encontros fortuitos quando analisados à luz do princípio da proporcionalidade, “analisando que será pertinente quando tratar-se de crime igual ou de maior gravidade que o crime no qual foi objeto de interceptação”.¹⁹⁸

Para Luiz Flávio Gomes no ordenamento pátrio estabeleceu-se como critério de validação da prova encontrada fortuitamente a existência das figuras da conexão e continência (concurso formal: exemplo, encontra outra pessoa envolvida no mesmo crime que se está investigando), previstos no Código de Processo Penal, respectivamente, pelo artigo 76 e 77. Para o autor, nestes casos, será válida a interceptação como meio de prova, “inclusive quanto ao fato extra descoberto”, mas sempre atentando para o fato de que este deve se tratar de infração para a qual se admita interceptação. Fora desses casos, todavia, será inadmissível a prova obtida pela interceptação como prova, valendo-se, apenas, como *notitia criminis*. Neste

¹⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36-37.

¹⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 223.

caso, serão tomadas providências novas e independentes e, no caso de abertura de uma nova investigação, consoante prevê a Lei das Interceptações, verificará o juiz se é de sua competência o crime descoberto.¹⁹⁹

Voltando a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal Alemão, na qual estabeleceu o critério da conexão e do catálogo de crimes, vejamos quais fundamentos foram utilizados. Vislumbrou o Tribunal que, primeiramente, o ordenamento jurídico alemão “mandava destruir o resultado da escuta, quando inútil para “o processo” e, não, “para um processo””. Por conseguinte, afastou-se a invocação do princípio da proporcionalidade sob o argumento de que “o princípio da proporcionalidade resultante do princípio do Estado de Direito permite a restrição das posições respeitantes a direitos fundamentais apenas naquilo que seja absolutamente necessário à proteção de bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos”, sendo que “o acesso a conhecimentos fortuitos não se inseriria, enquanto tal, em qualquer bem constitucionalmente tutelado”. Por tais argumentos, a conclusão do Tribunal foi de que “só poderiam ser utilizados os conhecimentos fortuitos constantes do catálogo autorizativo e em conexão com o fato que motivou a escuta, ficando a valoração do restante proibida”.²⁰⁰

A conclusão a que se chega, portanto, segundo a decisão paradigmática do Tribunal Federal Alemão, é que apenas não podem ser valorados os conhecimentos fortuitos não inseridos nas causas de autorização legal desprovidos de conexão com o fato autorizador.²⁰¹

No que diz respeito ao tratamento dado pela jurisprudência nacional, vislumbra-se que a teoria adotada pela jurisprudência alemã encontrou suporte nos Tribunais Superiores brasileiros. Em acórdão datado de 2007, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal que apesar de não haver óbice à realização de diligências para apurar crime diverso daqueles constantes na denúncia, o mesmo não se poderia afirmar em relação ao julgamento dos mesmos na mesma ação penal. Não se negou, por outro lado, que tais provas ensejassem nova denúncia para estes crimes. Veja-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA

¹⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica e “encontro fortuito” de outros fatos**. Boletim IBCCrim., São Paulo, nº 51, p. 6, 1997.

²⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 85.

²⁰¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 85.

CONDUTA. ANÁLISE DETIDA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT. **DEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA APURAR A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES, DIVERSOS DOS CONTIDOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO DA OPERAÇÃO "ANACONDA". VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTO PELA LEI Nº 8.038/90. IMPROCEDÊNCIA. CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS, EM RELAÇÃO AOS FATOS IMPUTADOS. ANÁLISE DA PRÁTICA DE OUTROS CRIMES NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO E DE DEFESA. DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **Denúncia lastreada na transcrição de inúmeras conversas telefônicas legalmente interceptadas, entre o paciente e seu co-réu,** bem como no resultado de uma diligência de busca e apreensão legitimamente autorizada, apontando o possível recebimento de vantagens indevidas pelo paciente, em razão de seu cargo. 2. Imputação do crime de corrupção passiva devidamente narrada, não havendo prejuízo para a realização plena do direito de defesa. Inépcia incorrente. 3. As alegações do impetrante referentes à atipicidade da conduta e ausência de justa causa remetem ao próprio mérito da ação penal de origem, devendo ser ali formuladas no momento processual adequado. 4. Impossibilidade do trancamento da ação penal, na hipótese, tendo em vista ser medida excepcionalíssima, somente autorizada, na via do habeas corpus, em caso de flagrante constrangimento. Jurisprudência pacífica. 5. **Legalidade do deferimento de diligências requeridas no bojo da denúncia, para o fim de apurar a possível prática de outros crimes, além daqueles narrados na denúncia. Estreita ligação entre os fatos apurados na ação penal de origem e aqueles averiguados na "Operação Anaconda". Caso legítimo de "descoberta fortuita" em investigação criminal. Razoabilidade.** 6. O deferimento de diligências para apurar outros fatos, diversos daqueles narrados na denúncia, não configurou violação ao procedimento do contraditório preambular previsto nos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.038/90, pois a decisão impugnada determinou, textualmente, a notificação dos acusados para oferecer resposta preliminar aos termos da denúncia. 7. De todo modo, **resta claro que os outros crimes não narrados na denúncia não poderão ser julgados na ação penal de origem, pois em relação aos mesmos não houve qualquer acusação, nem pôde o paciente se defender na oportunidade que lhe foi oferecida.** 8. **Ordem parcialmente concedida, apenas para garantir o desentranhamento dos documentos destinados a provar fatos em tese criminosos diversos daqueles narrados na denúncia, podendo, contudo, servir de lastro probatório para o oferecimento de outra ação penal.** (HC 84224, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-03 PP-00522) (grifo nosso)

Em outro julgamento, a mesma corte explicitou a teoria da conexão de crimes descobertos fortuitamente e sua possível valoração:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825) (grifo nosso)

Neste último julgamento, percebe-se através das discussões travados pelos Ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal a adoção da conexão como respaldo a utilização das informações. Afirmou o Min. Joaquim Barbosa que “uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação”. Entender de maneira contrária a está sendo adotada seria, para o Ministro, um “absurdo”, pois “para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção”.²⁰²

Ocorre que neste ponto encontramos tema que já foi objeto de análise do presente trabalho. A interceptação telefônica somente é cabível, segundo a Lei 9296/1996, apenas para os crimes com pena de reclusão. Por outro lado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem ser cabível a valoração da prova obtida de maneira fortuita quando o crime estiver em conexão com o crime que está realmente sendo investigado. Ocorre que os casos confrontados pelos tribunais vislumbram as duas hipóteses ao mesmo tempo: a ocorrência de crimes não passíveis de interceptação telefônica, pois apenas com detenção, mas os mesmos crimes possuem conexão com aqueles originariamente investigados. Através dos julgamentos acaba-se por perceber que uma vez verificada a figura da conexão e à luz do princípio da

²⁰² Cumpre ressaltar que, em 21 de setembro deste ano, a presente decisão teve destaque entre as notícias do site do Supremo Tribunal Federal, afirmando-se que o presente julgamento vinha apenas para confirmar entendimento consolidado pela Suprema Corte no tocante a “legitimidade de uso de prova obtida fortuitamente em interceptação telefônica”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

proporcionalidade, “embora não decretada para este fim específico, a interceptação serve como prova dos crimes punidos com detenção, em vista da licitude da medida”.²⁰³

A Lei nº 9296/96, por seu turno, oferece escassas referências ao problema do conhecimento fortuito. Dispõe o artigo 9º, que “a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”, mas fica a dúvida se o dispositivo trata da prova relacionada ao fato que ensejou a interceptação ou à prova de qualquer fato criminoso eventualmente revelado por ocasião a execução do mandado.²⁰⁴

Em relação a esta lacuna existente sobre o assunto, trouxe o Projeto de Lei nº 3272 um “início” de solução desta problemática tão encontrada nos tribunais. Cumpre ressaltar, que o Anteprojeto do Código de Processo Penal possui dispositivo idêntico sobre o tema. Dispõe o referido artigo 16 do diploma ora analisado:

Art. 16. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Encontra-se, ainda, outro dispositivo que pode ajudar na elucidação do tema:

Art. 17. A prova obtida por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza realizada sem a observância desta Lei não poderá ser utilizada em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Acaba-se por se verificar, desta forma, que o tema dos conhecimentos fortuitos foi justamente positivado no mesmo sentido daquele adotado pela jurisprudência alemã. Ainda, nos mesmos moldes em que entende a maioria da doutrina brasileira, resolveu-se por admitir expressamente e sem dúvidas – caso o projeto em análise seja aprovado – que a valoração dos conhecimentos fortuitos será cabível sempre que o material destoante daquele objeto da investigação estiver em conexão com aquele. Por sua vez, na ausência da figura da conexão,

²⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 626214/MG**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

²⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

interpreta-se que cabível será a utilização dessa prova como notícia-crime e objeto de futura denúncia a ser feita pelo Ministério Público.

Como é possível perceber, a legislação aqui analisada optou por não proibir a valoração das provas obtidas fortuitamente através de interceptações telefônicas devidamente autorizadas. Desta forma, positivado ficará entendimento já adotado pelas Cortes Superiores, sendo que se aprovado o Projeto de Lei nº 3272/2008 apenas se dará respaldo legal para entendimento já adotado.

CONCLUSÕES FINAIS

1. A Teoria da Prova constitui-se como importante tema no âmbito do direito processual penal. As provas se configuram como meio de o juiz “conhecer” melhor os fatos envolvidos no incidente processual do qual necessita de julgamento. O sistema processual adotado pelo ordenamento pátrio é o sistema acusatório. Contudo, não se pode afirmar que se trata de um sistema puro, pois encontramos características – ainda que em menor número - do sistema inquisitório. Ainda, em virtude de adotarmos como sistema de valoração o da livre convicção, todas as provas terão o mesmo valor que as outras provas presentes no processo penal.

2. O direito à privacidade e ao sigilo das comunicações telefônicas possui proteção constitucional, todavia, não são direitos absolutos. Em função da necessidade de certos acontecimentos não serem possíveis de ser provados por outros meios que não aqueles que atinjam direitos fundamentais, a mesma Constituição acabou por permitir, em certos casos, a violação de tais direitos. Permitiu-se, desta forma, que as interceptações telefônicas passassem a se constituir em importante meio legal de prova para fins de investigação criminal e instrução processual penal na forma que a futura legislação regulamentasse. Por outro lado, muitos dos julgados das Cortes Superiores afirmam que, além da permissão constitucional, a legalidade dessa medida cautelar - que é a quebra do sigilo telefônico - justifica-se, também, pelo princípio da proporcionalidade.

3. A regulamentação das interceptações telefônicas foi promulgada em 1996, com a Lei nº 9296 de 24 de julho de 1996. No entanto, a referida legislação, quando de sua promulgação, recebeu inúmeras críticas por parte da doutrina, vez que em certos aspectos demonstrou-se um tanto defasada. Ocorre que a legislação vigente atinente às interceptações telefônicas deixou lacunas sobre certos temas ou, ainda, não se fez tão clara em outros. Nesse sentido, inúmeros são os julgamentos em que os Tribunais Superiores necessitam interpretar a lei a fim de encontrar-se a solução mais adequada a cada caso.

4. É neste seara que o Projeto de Lei nº 3272 de 2008, objeto de análise do presente trabalho, tem como finalidade resolver algumas questões que são interpretadas, por certas vezes, pela jurisprudência – na visão da doutrina – de forma equivocada.

5. A interceptação telefônica para que possa ser autorizada deve conter – de forma concomitante – três requisitos, quais sejam: a presença de indícios de autoria ou participação

em infração penal, a ausência de outros meios de prova disponíveis e que a infração penal seja punível com pena de reclusão. A primeira previsão analisada refere-se à maior abrangência trazida pelo Projeto de Lei no tocante ao terceiro requisito necessário para autorizar-se uma interceptação telefônica. Entendeu-se que não apenas os crimes apenados com reclusão poderiam ensejar a medida cautelar da quebra do sigilo telefônico, mas também deveria se incluir no âmbito de atuação destas os crimes apenados com pena de detenção, mas apenas aqueles que “a conduta delituosa tiver sido realizada por meio dessas modalidades de comunicação”.

6. A doutrina nacional muito critica a abrangência adotada pela legislação vigente, afirmando que certos tipos penais – mesmo que punidos com pena de reclusão – não ensejariam a violação do direito fundamental da inviolabilidade das comunicações telefônicas. Alguns sustentam que deveria ser utilizado o princípio da proporcionalidade, outros ainda ressaltam o parâmetro utilizado por certos ordenamentos estrangeiros que, a exemplo do ordenamento alemão, enumeram taxativamente um rol de crimes passíveis de autorização para a realização de uma interceptação telefônica. A jurisprudência, por outro lado, interpretando de forma literal a lei, aplica o dispositivo “friamente”, entendendo que qualquer crime punível com reclusão – independentemente do bem jurídico protegido – é capaz de ensejar a medida objeto de análise. Ainda, quando da descoberta de outro crime que não seja punível com a pena fixada pela legislação, as Cortes Superiores entendem como legítima a utilização dessa prova; ou seja, indiretamente acaba por se abarcar todos os crimes como passíveis de utilização desse meio de prova.

7. Entendemos que erroneamente dispôs o Projeto de Lei nº 3272/2008. O “campo” de incidência da atual legislação já se mostra demasiadamente abrangente e o Projeto ao invés de restringir aumentou o número de crimes passíveis de ensejar a violação da privacidade. Ora, a medida cautelar que aqui se está a analisar possui como foco a quebra de um direito fundamental previsto constitucionalmente e de suma importância para a vida em sociedade. Não entendemos que se trata de direito absoluto, mas não se pode admitir que aja uma relativização desse direito ao extremo. Da mesma forma que entende a doutrina, a posição aqui defendida é no sentido de que a autorização judicial deveria se valer do princípio da proporcionalidade para que legítima seja a utilização da medida cautelar. Ainda, interessante seria o formato já adotado por ordenamentos jurídicos estrangeiros. A existência de um rol taxativo de crimes passíveis de ensejar a medida faria com que o legislador – previamente – instituísse os crimes que, em função do bem jurídico protegido, justificariam a quebra do

sigilo. Portanto, a medida cautelar ficaria protegida de interpretações extensivas adotadas pela jurisprudência.

8. O segundo aspecto analisado pela presente monografia refere-se ao tempo de duração de uma interceptação telefônica. Dispõe a legislação atual que o prazo máximo de duração da medida é de 15 dias, podendo ser prorrogada por igual período. Ocorre que o dispositivo deixa a dúvida sobre a possibilidade ou não de sucessivas prorrogações. Tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência entendem que é possível que ocorram sucessivas prorrogações com a justificativa de que em certos casos se faz necessário que a medida cautelar da quebra do sigilo telefônico dure por um período longo em função da complexidade de certos crimes, a exemplo de organizações criminosas de elevada ramificação.

9. O projeto, nesse ponto, dispôs – em parte – positivamente. Aclarando a dúvida confrontada constantemente nos tribunais, regulou-se de maneira expressa que seria permitida a prorrogação da interceptação telefônica devidamente autorizada “por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida”. Além disso, o mesmo dispositivo fixa como prazo máximo, independentemente da possibilidade de prorrogações, o limite de trezentos e sessenta dias ininterruptos. Aqui, mais uma vez, o Projeto de Lei em análise acabou por fixar um longo prazo sem analisar o mérito do cabimento da medida para cada tipo penal. A regra conforme afirmado ao longo de todo o trabalho é de que seja inviolável o sigilo das comunicações telefônicas. A exceção, portanto, é a violação deste sigilo. Diverso foi o entendimento do Projeto de Lei, pois, mais uma vez, vislumbrou a exceção como sendo a regra. É certo que determinados tipos penais podem justificar a utilização da medida, mas permiti-la por tempo tão extenso é desvirtuar a característica essencial das interceptações: a excepcionalidade. Neste ponto, a disposição contida no Anteprojeto do Código de Processo Penal parece ser a solução mais viável, uma vez que fixou como prazo máximo metade do tempo disposto pelo projeto de lei.

10. Por fim, se analisou a questão dos conhecimentos fortuitos obtidos através das interceptações telefônicas. A Lei nº 9296/1996 não legislou sobre o tema, deixando a critério dos tribunais e da doutrina a solução a ser dada para estes casos. A maioria da doutrina e a jurisprudência entendem que, conforme há muito já faz o ordenamento jurídico alemão, que apenas podem ser legitimamente valorados como prova quando o crime descoberto esteja em conexão com o crime investigado primeiramente. Na ausência de conexão as informações obtidas valeriam como notícia-crime para, quem sabe, ensejar uma futura investigação independente da investigação anterior.

11. Ocorre que, neste aspecto, os tribunais acabam por reconhecer a figura da conexão, mas esquecendo do requisito de que o crime descoberto também deve estar entre aqueles passíveis de ensejar a quebra do sigilo. Por diversas vezes os tribunais afirmam que mesmo se tratando de crimes punidos com pena de detenção (que pela legislação atual não se permite a interceptação telefônica) a prova poderá ser valorada em relação a estes por estar configurada a conexão entre os crimes envolvidos. O erro aqui está em – de forma indireta – se permitir a realização de interceptação para aqueles crimes que em sede de investigação ou instrução criminal não poderiam sofrer a violação do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas. O Projeto de Lei nº 3272 neste ponto veio para suprir esta lacuna, uma vez que, conforme afirma o artigo 16, em caso de revelação de “indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis”. Vislumbra-se aqui, conforme já entendido pela jurisprudência, que apenas considerou-se como critério o elemento da conexão entre os crimes, esquecendo-se de que o crime além da conexão não deve estar entre aqueles que não ensejam a realização de uma interceptação telefônica.

12. Conclui-se, desta forma, que, nos dias atuais, as interceptações telefônicas são consideradas como importante meio de prova no âmbito do processo penal. Contudo, não se justifica a sua utilização maciça pelo Estado com a finalidade de solucionar todos os problemas da criminalidade. O direito fundamental à privacidade e o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas constituem-se, conforme já afirmado, a exceção. Enquanto estivermos sob a égide da Constituição Federal vigente, não podemos vislumbrar que tais direitos sejam relativizados ao extremo sob a justificativa de combate - ou mesmo solução - da criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 626214/MG**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69912/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72588/PB**. Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12.06.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 75338/RJ**. Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 11.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.10.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83515/RS**. Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 16.09.2004 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16.11.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2424/RJ**. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26.11.2008 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 152092/RJ**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 08.06.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27.08.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 100879/RJ**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.08.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 100879/RJ**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.08.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 7216/SP**. Rel. Ministro Edson Vidigal, julgado em 28.04.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 128087/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 27.10.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 76686/PR**. Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 09.09.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 64096/PR**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.05.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 49146/SE**. Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 15.04.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Petição 2805/DF**. Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 13.11.2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12.11.2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Vol. 1 - Parte Geral, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

COLLI, Maciel. Interceptações telefônicas: uma análise sob o direito comparada da Itália, Espanha e Portugal, *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (org.). **Processo Penal Contemporâneo**, Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica e “encontro fortuito” de outros fatos**. Boletim IBCCrim., São Paulo, nº 51, p. 6, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9296 de 24 de julho de 1996**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

_____, Ada Pellegrini. **Do regime das interceptações telefônicas no projeto de novo CPP proposta de emenda do IBDP**. Boletim IBCCrim., São Paulo, nº 213 (edição especial), 2010. p.2-3.

JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas – notas à Lei 9.296 de 24.07.1996. *In*: **Revista dos Tribunais**, 1997, ano 86, v.735. p. 460-473.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo das comunicações e de dados, *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 239-266.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PITOMBO, Sérgio. **Sigilo nas comunicações - Aspecto Processual Penal**. Boletim IBCCrim, São Paulo, nº 49, p.7-8, 1996.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SANTORO, Antonio; SANTOS, Rodolfo. **A validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas**, Boletim IBCCrim. nº 210 – Maio/2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 25.08.2010.

SANTOS, Fábio Santana dos. Direito à privacidade e interceptação telefônica. *In*: **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Macapá, Tribunal de Justiça do Amapá, 1996. nº 9. p. 60-67.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, n.17. p. 102-115.

ANEXO - PROJETO DE LEI Nº3272/2008

Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da
Constituição e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei disciplina a quebra, por ordem judicial, do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza, para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza todo ato que intervém no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo a interceptação, escuta e gravação.

§ 2º O registro, a análise e a utilização da informação contida nas comunicações, objeto de quebra de sigilo por ordem judicial, sujeitam-se, no que couber, ao disposto nesta Lei.

§ 3º O disposto nesta Lei aplica-se ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática.

Art. 2º A quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza é admissível para fins de investigação criminal e instrução processual penal relativas aos crimes apenados com reclusão e, na hipótese de crime apenado com detenção, quando a conduta delituosa tiver sido realizada por meio dessas modalidades de comunicação.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas as informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função.

Art. 3o A gravação de conversa própria, com ou sem conhecimento do interlocutor, não se sujeita às disposições desta Lei.

CAPÍTULO II DO PROCEDIMENTO

Art. 4o O pedido de quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter:

- I - a descrição precisa dos fatos investigados;
- II - a indicação da existência de indícios suficientes da prática do crime objeto da investigação;
- III - a qualificação do investigado ou acusado, ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- IV - a demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de ser a prova obtida por outros meios; e
- V - a indicação do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados.

Art. 5o O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigredo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização, a indicação:

- I - dos indícios suficientes da prática do crime;

II - dos indícios suficientes de autoria ou participação no crime, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;

III - do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados; e

IV - do prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações.

§ 1o O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, permitida sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 2o O prazo correrá de forma contínua e ininterrupta e contar-se-á a partir da data do início da quebra do sigilo das comunicações pela prestadora responsável pela comunicação, que deverá comunicar este fato, imediatamente, por escrito, ao juiz.

§ 3o Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no **caput**.

§ 4o Durante a execução da medida de quebra de sigilo, caso a autoridade policial identifique que o investigado ou acusado passou a fazer uso de outro número, código ou identificação em suas comunicações, poderá formular, em caráter de urgência, pedido oral, que será reduzido a termo, de nova interceptação ao juiz, cuja decisão deverá ser proferida no prazo máximo de vinte e quatro horas.

§ 5o Adotadas as providências de que trata o § 4o, os autos seguirão para manifestação do Ministério Público e retornarão à autoridade judiciária que, então, reapreciará o pedido.

Art. 6o Contra decisão que indeferir o pedido de quebra de sigilo caberá recurso em sentido estrito do Ministério Público, podendo o relator, em decisão fundamentada, conceder liminarmente o pedido de quebra.

Parágrafo único. O recurso em sentido estrito tramitará em segredo de justiça e será processado sem a oitiva do investigado ou acusado, a fim de resguardar a eficácia da investigação.

Art. 7o Do mandado judicial que determinar a quebra do sigilo das comunicações deverá constar a qualificação do investigado ou acusado, quando identificado, ou o código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido.

§ 1o O mandado judicial será expedido em duas vias, uma para a prestadora responsável pela comunicação e outra para a autoridade que formulou o pedido de quebra do sigilo das comunicações.

§ 2o O mandado judicial poderá ser expedido por qualquer meio idôneo, inclusive o eletrônico ou similar, desde que comprovada sua autenticidade.

Art. 8o A prestadora responsável pela comunicação deverá implementar a quebra do sigilo autorizada, indicando ao juiz o nome do profissional responsável pela operação técnica, no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado do recebimento da ordem judicial, sob pena de multa até o efetivo cumprimento da ordem, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Parágrafo único. A prestadora a que se refere o **caput** não poderá alegar como óbice para a implementação da quebra do sigilo questão relativa ao ressarcimento dos custos pelos serviços de sua responsabilidade prestados para esse fim, que serão gratuitos.

Art. 9o A decretação da quebra de sigilo de comunicação caberá ao juiz competente para o julgamento do crime investigado ou responsável pelo inquérito.

Art. 10. A execução das operações técnicas necessárias à quebra do sigilo das comunicações será efetuada sob a supervisão da autoridade policial e fiscalização do Ministério Público.

Art. 11. Findas as operações técnicas, a autoridade policial encaminhará, no prazo máximo de sessenta dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Parágrafo único. Decorridos sessenta dias do encaminhamento do auto circunstanciado, a autoridade policial inutilizará qualquer material obtido em virtude da quebra do sigilo das comunicações, salvo determinação judicial em contrário.

Art. 12. Recebido o material produzido, o juiz dará ciência ao Ministério Público para que, se julgar necessário, requeira, no prazo de dez dias, diligências complementares.

Art. 13. Não havendo requerimento de diligências complementares ou após a realização das que tiverem sido requeridas, o juiz intimará o investigado ou acusado para que se manifeste, fornecendo-lhe cópia identificável de todo o material produzido.

Art. 14. As dúvidas a respeito da autenticidade ou integridade do material produzido serão dirimidas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.

Art. 15. Conservar-se-á em cartório, sob sigilo de justiça, as fitas magnéticas ou quaisquer outras formas de registro das comunicações cujo sigilo fora quebrado até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Parágrafo único. Não se procederá a referida destruição enquanto for possível a revisão criminal.

Art. 16. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Art. 17. A prova obtida por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza realizada sem a observância desta Lei não poderá ser utilizada em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Art. 18. Correrão em sigilo de justiça os inquéritos e processos que contiverem elementos informativos ou provas obtidos na forma desta Lei.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20. As gravações ambientais de qualquer natureza, quando realizadas pela autoridade policial, sujeitam-se às disposições desta Lei, no que couber.

Art. 21. Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, para fins exclusivamente estatísticos e de planejamento de ações policiais, sistema centralizado de informações sobre quebra de sigilo de comunicações telefônicas de qualquer natureza, na forma do regulamento.

Parágrafo único. O sistema de que trata o **caput** não conterà o conteúdo das comunicações realizadas nem os códigos de identificação ou outros elementos e meios capazes de identificar os envolvidos, inclusive investigados e acusados.

Art. 22. A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL regulamentará, no prazo de cento e oitenta dias, o padrão dos recursos tecnológicos e facilidades necessárias ao cumprimento desta Lei, a serem disponibilizados gratuitamente por todas as prestadoras responsáveis pela comunicação.

Art. 23. O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

“Violação do sigilo das comunicações telefônicas

Art. 151-A. Violar sigilo de comunicação telefônica de qualquer natureza, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem violar segredo de justiça de quebra do sigilo de comunicação telefônica de qualquer natureza.” (NR)

Art. 24. O art. 581 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“XXV - que indeferir o pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza.” (NR)

Art. 25. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei, no que com ela não colidirem, as disposições do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar.

Art. 26. Revoga-se a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

EMI nº 00037 - MJ/MC

Brasília, 26 de fevereiro de 2008.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei elaborado a partir das conclusões da Comissão instituída pela Portaria nº 116, de 13 de fevereiro de 2003, do Ministério da Justiça, com o objetivo de regulamentar a última parte do inciso XII do art. 5º da Constituição da República, possibilitando a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução penal.

2. A quebra do sigilo de comunicações telefônicas constitui-se em poderoso meio posto à disposição do Estado para fins de obtenção de prova, mas também em instrumento insidioso de quebra da intimidade, não só do investigado como também de terceiros.

3. Diante desse quadro, e em respeito ao princípio da reserva de lei proporcional, a regulamentação da matéria há de resultar da escrupulosa ponderação dos valores em jogo, observado o princípio da proporcionalidade, entendido como *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*, que deve levar em conta os seguintes elementos: a) *adequação*: a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; b) *necessidade*: como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; c) *proporcionalidade estrita*: a ponderação entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito); e d) a vantagem alcançada.

4. Aponta-se na doutrina especializada como grande defeito da atual Lei de Interceptação (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996), a inobservância do princípio da proporcionalidade, pois ao mesmo tempo em que permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza relativamente a todos os crimes punidos com reclusão, independentemente da conduta criminosa, deixa à margem os crimes punidos com detenção para os quais a quebra do sigilo se apresentaria como meio mais adequado de investigação como, por

exemplo, no crime de ameaça feita pelo telefone. Este defeito é corrigido no art. 2º do texto pretendido que, mantendo a previsão de quebra do sigilo de comunicações telefônicas de qualquer natureza para as hipóteses relacionadas a crimes apenados com reclusão, estende esse mecanismo de investigação/prova aos delitos apenados com detenção quando a conduta delituosa tiver sido cometida através de meios de comunicação instantânea. Assim, crimes como ameaça e estelionato, quando praticados pelo telefone, não ficarão fora da possível quebra do sigilo de comunicações telefônicas, o que facilitará de forma significativa a apuração e elucidação do caso, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

5. Mas há outros graves defeitos na atual Lei, como, por exemplo, quando não dá vista ao membro do Ministério Público do requerimento da diligência requerida pela autoridade policial; quando não dispõe com clareza sobre o incidente probatório no qual se deve dar conhecimento às partes do conteúdo das operações técnicas, em desrespeito à garantia do contraditório, portanto; quando omite completamente o tratamento das chamadas interceptações ambientais; e, sobretudo, a Lei em vigor não trata dos controles necessários para evitar os abusos a que freqüentemente sua aplicação dá margens: controles sobre a autorização judicial e a forma de seu encaminhamento, controles mais rigorosos sobre os prazos e, mais ainda, controles sobre as operações técnicas, hoje deixadas exclusivamente a critério da autoridade policial, sem qualquer parâmetro fixado.

6. O presente projeto é fruto, além dos trabalhos da Comissão instituída para esse fim, da incorporação de sugestões de vários órgãos públicos, entidades públicas e privadas e profissionais do setor que, além de avançar nos aspectos jurídicos, não se distanciaram das normas técnicas de interferência nas comunicações telefônicas, no intuito de garantir a segurança, a inviolabilidade e a preservação do sigilo.

7. O projeto destaca, no seu art. 1º, § 1º, que se considera quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza todo ato que intervenha no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo a interceptação, a escuta e a gravação. Sendo que, no § 3º, estende ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática a possibilidade de quebra do sigilo, entendendo, como o fazem juristas do porte de Tércio Sampaio Ferraz, entre outros, que a Constituição ao dizer *comunicação telefônica* refere-se a todo e qualquer meio de comunicação instantânea sendo, portanto, possível a quebra deste sigilo embasada por ordem judicial.

8. O art. 2º, além de manter a possibilidade de quebra de sigilo para os delitos apenados com reclusão, estendeu essa possibilidade para as hipóteses de crimes punidos com detenção, como já mencionado no item 4 da presente EMI. Entretanto, importante destacar que no parágrafo único do citado artigo proíbe-se a utilização das informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função, resguardando-se, assim, a constitucional relação advogado/cliente .

9. A partir do art. 4º inicia-se o capítulo que cuida do procedimento da quebra de sigilo, sendo mais detalhado e, portanto, inovando significativamente em relação à atual Lei.

10. O próprio art. 4º determina que o pedido de quebra de sigilo deverá ser feito por escrito ao juiz, sempre com a participação do membro do Ministério Público, contendo a descrição precisa dos fatos investigados; a indicação da existência de indícios da prática do crime que autoriza a quebra de sigilo; a qualificação do investigado ou acusado; a demonstração de ser a quebra de sigilo imprescindível às investigações; e, quando conhecido, a indicação do código de identificação do sistema de comunicação utilizado.

11. Como se vê, Senhor Presidente, o requerimento de quebra de sigilo das comunicações passa a ser disciplinado de forma mais rigorosa e objetiva, diferente da Lei atual que sequer exige a forma escrita para tal. Este procedimento mais detalhado é fruto do entendimento sobre a quebra do sigilo telefônico, pois se por um lado é importante meio de prova, por outro deve ser disciplinado de forma precisa, considerando que não deixa de ser odioso meio de interferência estatal na vida do particular.

12. Sempre sob segredo de justiça, o incidente processual será autorizado pelo juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, devendo o mandado judicial indicar, na forma dos incisos do art. 5º, os elementos da quebra. Importante avanço, contudo, é a norma do § 1º ao determinar que o prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, prorrogável por períodos iguais, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente.

13. Objetivando maior celeridade da ordem judicial, o § 2º do art. 7º autoriza que o mandado judicial seja encaminhado por qualquer meio idôneo, inclusive o eletrônico, desde que comprovada a sua autenticidade.

14. O art. 8º reza que a prestadora de serviço de comunicação, ao implementar a quebra do sigilo, indicará ao juiz o nome do funcionário responsável, e também que é inadmissível a recusa da prestação do serviço sob justificativa de necessidade de ressarcimento dos custos.

15. Após a realização das operações técnicas, a autoridade policial encaminhará, no prazo máximo de sessenta dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Feito o encaminhamento, e não havendo ordem judicial em sentido contrário, a autoridade policial inutilizará por completo todo o material que se mantiver sob sua esfera de responsabilidade. Havendo, entretanto, ordem judicial para que se mantenha o material, este, sob nenhuma hipótese, ficará sob os cuidados da autoridade policial após o trânsito em julgado da sentença absolutória ou expirado o prazo de revisão criminal, quando, então, tanto o material mantido pelo juiz quanto o guardado pela autoridade policial serão destruídos (art 15).

16. Não havendo requerimento de diligências complementares por parte do Ministério Público, o juiz intimará o investigado ou acusado para que se manifeste, em atenção ao princípio do contraditório. Objetivando impedir a quebra do sigilo de justiça, todas as cópias disponibilizadas, em mídia eletrônica ou equivalente, serão identificáveis. Assim substitui-se a obrigação de transcrição das cópias destinadas às partes, muitas vezes ineficaz dependendo da quantidade de horas gravadas, pela entrega de cópias identificáveis com o mesmo teor da versão original.

17. O Capítulo III (arts. 20 a 26) traz as disposições finais, merecendo destaque o art. 21. Nele, fica autorizado o Poder Executivo a instituir sistema centralizado de dados estatísticos sobre quebra do sigilo de comunicações.

18. O referido sistema será utilizado, assim como outros países já o fazem, como elemento de controle da sociedade sobre esse meio de invasão de privacidade que é a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza. Objetivará informar a quantidade de quebras de sigilo autorizadas e em curso em cada unidade da Federação, as espécies de crimes, o tempo médio de sua duração, entre outras informações de cunho exclusivamente estatístico a serem disciplinadas em regulamento. Em nenhuma hipótese o sistema conterà o conteúdo das comunicações realizadas nem os códigos de identificação ou outros elementos e meios capazes de identificar os envolvidos, inclusive investigados e acusados.

19. Por fim, o art. 23 traz para o âmbito do Código Penal a conduta delituosa prevista na atual Lei de escuta, por ser de melhor técnica jurídica. Com efeito, corrige-se a forma pela qual o tipo penal hoje é previsto, sem, contudo, modificar o núcleo do tipo. Destarte, não se trata de criminalizar nova conduta, nem de *abolitio criminis*, visto tratar-se de mera adequação redacional, em consonância com a construção dos tipos penais pátrios.

20. Assim, Senhor Presidente, submetemos ao elevado descortino de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei, acreditando que, se aceito, estará o Brasil adotando um poderoso meio de investigação adequado aos fins a que se destina, sem, contudo, abalar as garantias constitucionais.

Respeitosamente,

Assinado por: Tarso Fernando Herz Genro, Helio Calixto da Costa