



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

YURI FACUNDO DE ALMEIDA

PROVAS ILÍCITAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS

SOUSA - PB
2010

YURI FACUNDO DE ALMEIDA

PROVAS ILÍCITAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB
2010

YURI FACUNDO DE ALMEIDA

PROVAS ILÍCITAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS INTERCEPTAÇÕES
TELEFÔNICAS

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Campina Grande,
Campus Sousa, como exigência parcial para
obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jardel Freitas Soares

Banca Examinadora:

Data da aprovação: _____

Orientador Prof. Jardel Freitas Soares

Examinador Interno

Examinador Externo

Muitos passaram em minha vida. Alguns não têm ideia do quão importante foram. Mesmo que com pequenas contribuições vocês me ajudaram significativamente. Uma frase chegou a ser essencial. E só eu sei e posso sentir o agradecimento que tenho a cada um de vocês. Pai, mãe, irmãos, amigos, família da minha namorada, professores, todos. Essa monografia é dedicada a vocês. Mas, com a licença de todos, quero fazer uma dedicatória especial a minha namorada, que esteve presente do início ao fim, em cada momento, da minha formação e contribuiu enormemente para ela. Esse trabalho é dedicado especialmente a você.

AGRADECIMENTOS

Pai, Tu foi quem me destes tudo o que conquistei até hoje. Obrigado por cada coisa que colocastes em minha vida. Obrigado por minha saúde. Obrigado por minha força de vontade. Obrigado pelas coisas ruins que me aconteceram, Tu sempre estavas comigo para superá-las e me fez aprender com elas. Obrigado por, em cada passo que eu dei, ter sempre estado ao meu lado e ter colocado as pessoas maravilhosas que fazem parte da minha vida. Obrigado pelos meus pais. Obrigado pelos meus irmãos. Obrigado pelos meus amigos. Obrigado por minha namorada e sua família. Obrigado pelos meus professores. Obrigado por todos, e a todos, que fizeram, fazem e farão parte da minha vida. Obrigado.

“[...] (A norma) não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. [...]”

(Adhemar Maciel, Ministro do STF)

RESUMO

O debate acerca das Interceptações Telefônicas é, no Brasil, motivo de grandes disparidades entre diversas doutrinas e jurisprudências. Baseado nisso, o presente trabalho busca dar bases hermenêuticas às perguntas fundamentais a esse respeito. É sabido que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição são feridos quando uma ligação telefônica é interceptada, mas são poucas as similaridades entre as opiniões sobre até que ponto o Estado pode intervir na vida dos seus cidadãos e quais os bens que devem ser protegidos preferencialmente. Do duelo de opiniões depreende-se o quanto os legisladores brasileiros estão despreparados no que diz respeito ao acompanhamento das novas tecnologias que surgem a cada dia. Pensando nisso, propõe-se uma discussão a respeito das interceptações telefônicas atuando não de forma a responder todas as perguntas, mas mostrando o assunto a partir dos seus vários ângulos para, só depois, chegar a uma conclusão. Nesse sentido, busca-se, se não forem encontradas todas as respostas, ao menos colocar em questionamento o porquê dela ser efetivada e como ela deve ser realizada. Finalmente, faz-se uma comparação ao direito internacional, mostrando como diversos países tratam o assunto.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Direitos e garantias fundamentais. Disparidades. Questionamento. Discussão.

ABSTRACT

The debate about the telephone intercepts in Brazil is a source of great disparities between various doctrines and jurisprudence. Based on this, this paper seeks to give hermeneutical bases to the fundamental questions in this regard. It is known that the fundamental rights and guarantees under the Constitution are injured when a phone call is intercepted, but there are few similarities between the views on the extent to which the State may intervene in the lives of its citizens and what property should be protected preferably. Due to of the reviews it appears that Brazilian legislators are unprepared with respect to the monitoring of new technologies that appear every day. Thinking about it, we propose a discussion about the telephone intercepts that are not acting in order to answer all questions, but showing the subject from their various angles for only then we can reach a conclusion. In this sense, we try to, if not find all the answers, at least put into question why it should be executed and how it should be performed. Finally, we make a comparison to international law, showing how different countries treat the subject.

Keywords: Wiretapping. Fundamental rights and guarantess. Disparities. Questioning. Discussion.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

ApCrim – Apelação Criminal

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DIPOs - Departamentos de Inquéritos Policiais

DJ – Diário de Justiça

DJU – Diário de Justiça da União

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

PB – Paraíba

RHC – Recurso de Habeas Corpus

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

RSTJ – Recurso do Superior Tribunal de Justiça

RT – Revista dos Tribunais

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TACrimSP – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

TJSP – Tribunal de Justiça do estado de São Paulo

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	13
2.1 HISTÓRICO.....	13
2.2 A IMPORTÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ESCUTA TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA PARA A APLICAÇÃO DA LEI.....	14
2.3 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO DIREITO COMPARADO.....	17
3 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E OS PRINCÍPIOS A ELA RELACIONADOS	24
3.1 O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	25
3.2 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA/AVENENOSA E AS PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS.....	26
3.3 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	27
3.4 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	29
3.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	29
3.6 A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
4 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO DIREITO BRASILEIRO	33
4.1 QUESTÕES NÃO ELENCADAS NA LEI DAS INTERCEPTAÇÕES, MAS DISCUTIDAS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA.....	45
4.1.1 Encontro fortuito de outros fatos ou envolvidos.....	45
4.1.2 Do aproveitamento da prova em outros processos.....	46
4.1.3 As interceptações e as excludentes de ilicitude.....	47
4.1.4 Sujeito passivo das interceptações telefônicas.....	48
4.1.5 Deliberação de senhas às autoridades policiais e delegação à polícia militar da atividade investigatória mediante cadastramento de senhas.....	49
4.1.6 As interceptações e o sigilo dos dados telefônicos.....	50
4.1.7 Competência para autorizar a interceptação.....	51
4.1.8 As interceptações telefônicas e os danos dela provenientes.....	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são garantias dadas aos cidadãos para assegurar o mínimo de direitos que mantenham uma harmoniosa sobrevivência e convivência em sociedade.

No entanto, essa garantia em demasia pode assegurar os interesses daqueles que tem apenas o intuito de obter vantagens ilícitas de uma legislação vítima de um Poder Legislativo despreparado e moroso.

Como principal objetivo combater o crime organizado foi editada a Lei nº 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas). Lei esta facilitadora da justiça, no entanto, agressora de direitos como a intimidade e a vida privada.

Face aos direitos à intimidade, à vida privada, à dignidade da pessoa humana, entre outros, fica impossível ao legislador conciliar todos estes direitos e princípios de forma a positivá-los de uma maneira absoluta, aplicáveis da forma literal em que foram elaborados.

Não se pode atribuir caráter absoluto a um direito ou a um princípio, e nem dar importância superior a um do que a outro. Deve-se analisar o caso concreto e no conflito entre eles, sopesá-los, aplicando aquele que traz mais benefícios à coletividade. A escolha de um deles não repercute na anulação do outro, este será apenas relativizado, momentaneamente, de acordo com a situação.

Vitimados pelo regime militar, que tanto agrediu os direitos humanos, o constituinte elaborou uma Constituição e leis extremamente protecionistas e mal elaboradas, dificultando sua interpretação e aplicação, para efetivação da justiça.

No intuito de resguardar o Estado Democrático de Direito foi dificultado um dos seus principais requisitos, a justiça.

É nesse contexto que se encontra a primordial competência dos órgãos judiciários: interpretar as leis de forma a trazer benefícios a toda a coletividade, ao invés de defender os interesses particulares do caso, que em sendo ilícitos só trazem malefícios ao povo.

Em face de tantas impossibilidades e legislações incompletas é dever do Poder Judiciário adequá-las de forma a efetivar a justiça social e agredir na menor proporção possível as garantias fundamentais de todos, inclusive dos criminosos.

A Lei das Interceptações, apesar de incompleta e não tão bem elaborada, veio a positivizar o direito do Estado na agressão à esfera íntima dos seus cidadãos.

É esse o objetivo dessa monografia, mostrar o ordenamento jurídico e os diversos posicionamentos, das doutrinas e das jurisprudências, para termos embasamento dos meios e fins almejados, e, até onde eles podem atingir ou ser limitados para efetivação da justiça e do bem estar social.

Este trabalho mostrará os aspectos legais, constitucionais, doutrinários e, principalmente, jurisprudenciais que ajudará o jurista a aplicar o direito, escolhendo meios que visam ao bem da coletividade mostrando, também, exemplos de como os aplicadores do direito têm solucionado a diversidade de entendimentos mostrada neste trabalho.

Objetiva também, e principalmente, fornecer aos aplicadores do direito bases interpretativas, sólidas e justas para decisões que devido ao vácuo legislativo têm beneficiado a criminalidade e fomentado a impunidade no Brasil, mostrando, também, o despreparo (ou "má vontade") e a morosidade de um Poder Legislativo, que deveria ao menos tentar fazer as leis acompanharem os acontecimentos sociais e inovações tecnológicas.

A metodologia para feitura desta monografia foi a empírico-indutiva. Foram pesquisados os diversos entendimentos, dos tribunais, das leis e dos doutrinadores, e, da análise de todos eles, se extraiu o entendimento justificador deste trabalho.

O método de pesquisa para efetivação desta monografia foi em sua totalidade bibliográfico. Para sua feitura foram analisados livros de diversos autores; artigos científicos, publicados na Internet e em periódicos especializados no assunto; leis brasileiras e estrangeiras; e decisões da justiça brasileira em suas diversas instâncias e órgãos.

A razão justificadora deste trabalho foi os inúmeros entendimentos divergentes que existem em nosso sistema jurídico-normativo e a falta de uniformidade das decisões, divergência esta que vai de conceitos básicos do tema ao conflito de princípios constitucionais.

No capítulo primeiro será apresentado um breve histórico das interceptações telefônicas no ordenamento jurídico, de forma a entendermos como ela evoluiu em meio ao tempo e as diversas legislações, inclusive a nova Carta Magna.

Também será abordada neste capítulo a necessidade da diferenciação de conceitos aplicáveis a referida lei de forma a usá-la sem por em risco o processo e

os direitos assegurados, ao Estado e aos indivíduos, por mau uso conceitual da norma.

Ainda, no capítulo primeiro, estará expresso, como tendência do direito atual, a lei, os posicionamentos e os entendimentos, dos ordenamentos, e das lacunas deste, nos diversos países e tipos de ordenamentos (common law e direito romano-germânico).

O segundo capítulo abordará a idéia central deste trabalho. Baseado em conceitos e em princípios do direito nacional e alienígena procurar-se-á dar embasamento justificador ao entendimento tido aqui como capaz de unificar as diferentes interpretações relacionadas às interceptações telefônicas.

Em seu capítulo terceiro, será abordado o aspecto legal presente na atual Constituição Federal e na lei, abordando também posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários desses fatos colocando os diversos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência a respeito de questões que não foram regulamentadas pela Lei das Interceptações Telefônicas, mas tem tal importância que o ordenamento jurídico ficou incompleto sem eles.

2 ASPECTOS GERAIS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

2.1 HISTÓRICO

As Cartas Magnas anteriores a atual asseguravam, sem restrições ou ressalvas, a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Nas Constituições de 1967 e 1969 (respectivamente em seus artigos 150, §9º¹ e 153, §9º²), o sigilo telefônico era a regra, sem exceções constitucionais.

Paralelamente, estava em vigor a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) que em seu art. 57 dispunha que não constituía violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação.

Esse texto teve sua constitucionalidade questionada à época, pois estava garantido, sem qualquer ressalva, o sigilo das telecomunicações, ou seja, a requisição judicial não tinha nenhum amparo constitucional.

Houve diversas discordâncias a respeito do tema. Decisões judiciais e posições doutrinárias sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a Constituição.

A alegação afirmava não serem as normas constitucionais de natureza absoluta, de modo que a ressalva, no texto constitucional, não significava a absoluta proibição de interceptações. Estas poderiam ser feitas, mediante requisição judicial à concessionária, em casos graves.

Com o advento da Constituição de 1988 e do seu art. 5º, XII³, outra polêmica surgiu. Opiniões divergiam se a Carta Magna teria recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações ou haveria necessidade de norma específica regulamentadora da situação.

¹ Art. 150, §9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das telecomunicações telegráficas e telefônicas.

² Art. 153, §9º - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

³ Art. 5º 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.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Habeas Corpus 73.351-4-SP, decidiu que referida norma não foi recepcionada pela atual Constituição não sendo admitidas interceptações telefônicas em nenhum caso até que lei específica fosse elaborada, para regulamentar a situação. Foram consideradas ilícitas todas as interceptações já obtidas.

Acabando com o vazio das normas, em 1996 foi editada a Lei nº 9.296/96, regulamentando a parte final do art. 5º, XII da Lei Maior e limitando as hipóteses legais em que é permitida a interceptação de comunicações telefônicas.

2.2 A IMPORTÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ESCUTA TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA PARA A APLICAÇÃO DA LEI

A violação do sigilo telefônico através da interceptação requer critérios legais expressos na Lei nº 9.296/96. Uma vez obedecidos esses critérios será a interceptação considerada lícita, devendo ser usada como meio de prova processual.

Surge então a necessidade de diferenciar os institutos da interceptação telefônica, da escuta telefônica, e da gravação clandestina. Sua forma de interpretação é de tal importância que pode alterar a lei aplicada ao caso concreto⁴.

Para caracterizar uma interceptação *latu sensu* é necessária a presença de no mínimo três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta o diálogo.

Esta interceptação *latu sensu* se divide em interceptação telefônica *strictu sensu* e escuta telefônica, diferenciando-as o fato de na primeira nenhum dos interlocutores terem conhecimento da interceptação, enquanto na última um dos interlocutores sabe do fato.

Já na gravação clandestina há apenas dois comunicadores, sendo que um deles grava o próprio diálogo à revelia do outro. Se não for divulgada, a gravação

⁴ A quebra ilegal do sigilo através de interceptação é sancionada pelo art. 10 da Lei nº 9.296 tendo como pena reclusão, de dois a quatro anos, e multa; já através de gravação clandestina poderá ser sancionada pelo art. 153 do Código Penal cuja pena varia de um a seis meses de detenção, ou multa.

não agride o sigilo das comunicações, pois este só existe em relação a terceiros e não em relação aos interlocutores.

De acordo com a maioria dos doutrinadores, a gravação clandestina não é considerada interceptação telefônica, não estando regulamentada na Lei nº 9.296/96.

Ela não está tipificada em nosso sistema legal, ou seja, não incorre em crime aquele que grava conversa sem o conhecimento do outro. Apenas pratica o crime quem divulga o conteúdo da gravação sem justa causa, ferindo diretamente o inciso X⁵ da Constituição, sendo sancionado pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 153⁶.

Devido à imprecisão dos nossos legisladores, há imensa divergência se a referida lei incluiria em seu rol protetivo apenas as interceptações strictu sensu ou se nela estariam inclusas também as escutas telefônicas. Outros doutrinadores, embora minoria, defendem a aplicação da Lei das Interceptações também às gravações clandestinas.

Entre os defensores da tese que a lei só se refere às interceptações strictu sensu temos Vicente Greco Filho (2006, p. 12), que discorre:

A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua ilicitude, bem como a prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário.

Discordando dele, a maioria dos doutrinadores afirma ser limitação indevida da norma constitucional restringi-las apenas às interceptações strictu sensu, devendo ela também ser aplicada às escutas.

Exemplificando o tema temos Ada Pellegrini Grinover e Antônio Scarance Fernandes (1997, p. 28) que defendem a aplicação da lei também às gravações clandestinas, e Luiz Flávio Gomes (1997, p.71). Este último magistralmente afirma:

⁵ X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁶ 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, 1(um) a 6(seis) meses, ou multa.

[...] tanto pode o Juiz autorizar uma "interceptação" para descobrir prova num caso de tráfico de entorpecentes (e nesse caso tornar-se-ão conhecidas as comunicações telefônicas seja do suspeito, seja do outro comunicador), como pode permitir uma "escuta" num caso de seqüestro em que a família da vítima, obviamente, está sabendo da captação da comunicação. Não é porque um dos comunicadores sabe da ingerência alheia autorizada judicialmente que a lei deixa de ter incidência.

Como pode ser depreendido dos exemplos citados, não há unanimidade, doutrinária, às situações aplicáveis pela Lei nº 9.296/96.

O STF⁷, o STJ⁸ e outros tribunais⁹ em suas decisões têm ratificado a posição de Vicente Greco Filho, afirmando que a escuta e a gravação telefônica estão no âmbito de proteção do art. 5º, X, da Constituição, enquanto a interceptação strictu sensu está resguardada pelo art. 5º, XII, logo, não seria aplicável a elas a referida lei.

No entanto, diante de algumas decisões, inclusive do STF¹⁰, e solucionando todas essas divergências, nossos tribunais têm aplicado o princípio da proporcionalidade, interpretando as lacunas da lei de forma a beneficiar a coletividade em detrimento ao indivíduo, protegendo direitos coletivos constitucionalmente assegurados.

⁷ STF. **Habeas Corpus 75.338-RJ**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16713/16277>>. Acesso em: 5 mai. 2010.

⁸ STJ. **Recurso de Habeas Corpus 7.216/SP**. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-123.doc>. Acesso em: 24 jun. 2010.

⁹ TACrimSP. **Revista dos Tribunais 750/655**.

¹⁰ STF. **Habeas Corpus 70.814-5/SP**. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/.../%7B40FFCC39-6D3B-4873-BABF-109E50308DFC%7D_7.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

2.3 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO DIREITO COMPARADO

2.3.1 Portugal

A Constituição portuguesa elenca como direitos fundamentais a inviolabilidade das telecomunicações. Porém, a mesma admite restrições a direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nos casos especificamente previstos nela.

Apesar de proibir ingerências da autoridade pública nas telecomunicações e demais meios de comunicação, excetuam-se os casos previstos na lei em matéria processual penal.

No direito português, todas as provas não proibidas por lei são admissíveis no processo. São proibidas a título de exemplo as obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física do acusado e também mediante violação da intimidade do indivíduo.

Em Portugal as interceptações são permitidas não só nos crimes graves, mas em delitos cuja prova é indispensável, quando cometidos através do telefone, como nos crimes de ameaça, injúria, intromissão da vida privadas, dentre outros.

Apenas o juiz pode autorizá-la, de acordo com um rol taxativo de crimes e quando houver razões de grande interesse para a efetuação da diligência. A autorização deve ser concedida pelo juiz da instrução criminal, de acordo com sua competência territorial, não sendo autorizada nas conversações entre argüido e seu defensor.

Há também a necessidade de a quebra do sigilo ser o único meio viável e adequado sendo deferida apenas subsidiariamente. Há, ainda, limitações das interceptações a um número determinado de pessoas e de ligações.

2.3.2 Espanha

Na Espanha, a Constituição assegura o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar, e à própria imagem, sendo garantido o segredo das comunicações, especialmente as postais, telegráficas e telefônicas. Esses direitos vinculam todos os poderes públicos e seu exercício somente pode ser regulado por lei.

Há a possibilidade de suspensão, mediante intervenção judicial, de alguns direitos e liberdades. O elenco das ações interceptáveis é grande. No entanto, seu âmbito de aplicação não está restrito às interceptações telefônicas, mas também a toda apreensão de sons pela utilização de escuta, gravação, transmissão e reprodução.

Apesar disso, o Código de Processo Penal Espanhol é considerado por demais lacunoso. O vácuo legislativo está presente em diversas matérias, a exemplo o rol de suspeitos justificadores da medida, o objeto e o procedimento da interceptação, a transcrição do conteúdo das gravações e principalmente o valor probatório das interceptações inconstitucionalmente obtidas.

Para legalidade da medida é necessário a previsão legal, pois, na Espanha, a restrição a direito fundamental deve estar expressamente prevista e delineada. Também é requerida autorização judicial prévia, no prazo de 72 horas. Em casos excepcionais essa autorização pode ser dada pelo Ministro do interior ou pelo Diretor de Segurança do Estado.

Ainda, é essencial: a motivação da decisão autorizando a medida; sua delimitação na determinação do sujeito investigado, objeto e prazo da medida e que esta seja proporcional; conhecimento judicial efetivo, tendo o juiz conhecimento de todos os fatos da medida; e a incorporação da medida ao processo para que seja assegurado o contraditório do investigando.

2.3.3 Alemanha

Na Alemanha a Constituição assegura a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas conferindo a possibilidade de limitação imposta exclusivamente pela lei.

No entanto, nos tribunais alemães tem incidido o princípio da proporcionalidade no procedimento probatório, abrandando o princípio da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente por ofensa a direito fundamental.

São necessários alguns requisitos para a efetivação da medida. Entre eles está a observância do rol taxativo de crimes passíveis da medida; o sujeito investigado deve ao menos ser partícipe do crime; o crime deve ser consumado, ou seja punível sua tentativa, não sendo deflagrada em relação a atos preparatórios.

As interceptações telefônicas, na Alemanha, devem servir de forma subsidiária, e adequada, devendo a autoridade executá-la apenas quando não houver outra forma mais benigna de lesionar direitos fundamentais.

Para finalizar, há, assim como em Portugal, a necessidade de determinar o número de pessoas e de ligações a serem interceptadas.

2.3.4 Itália

A Constituição italiana proclama a inviolabilidade do sigilo das comunicações, abrindo exceções em limites estabelecidos pela lei e mediante ordem motivada da autoridade judiciária competente. Além das interceptações telefônicas, a lei permite interceptações dos sistemas de informática.

O pedido de interceptação deve ser formulado pelo Ministério Público nas investigações preliminares. A autorização judicial só é permitida quando estiverem presentes indícios graves de crime e a interceptação for indispensável.

Na Itália quando a demora puder causar prejuízo e existir motivo fundamentado, é possível que o Ministério Público proceda à interceptação, em decisão fundamentada, desde que comunique a decisão ao juiz competente em 24 horas.

O juiz, em 48 horas, decidirá fundamentadamente sobre a convalidação da medida. Pode ele, ainda, pessoal e diretamente, interceptar a comunicação ou delegá-la à polícia judiciária.

As comunicações interceptadas serão gravadas e reduzidas a termo devendo ao final ser enviadas aos defensores das partes. O Ministério Público pode pedir ao juiz que este envio seja atrasado quando for imprescindível para o êxito da operação.

Do termo reduzido será extraído o que for vedado pela lei devendo os advogados ser intimados desta extração com antecedência para que oponham suas defesas.

Os resultados da interceptação não podem ser utilizados em procedimentos diferentes daqueles para os quais foram requisitados, a não ser que sejam essenciais para a comprovação de crimes para os quais seja obrigatória a prisão em flagrante.

Por fim, o Código de Processo Penal italiano prevê que se as interceptações não forem permitidas por lei, ou se não forem observadas as disposições previstas para o procedimento de interceptação, não poderão ser usadas no processo. São consideradas ilícitas.

2.3.5 Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A Comissão Europeia de Direitos Humanos é responsável por levar à Corte Europeia de Direitos do Homem as agressões aos direitos fundamentais.

Ela pode ser provocada por indivíduos lesados (desde que através de expressa previsão no pacto), e também por Estados, se estes tiverem aceitado se submeter à jurisdição da Corte e forem acusados de violação aos direitos fundamentais.

Além disso, a Corte Europeia possui poder decisório podendo condenar o Estado infrator pela agressão, o que vem fazendo.

Pode-se depreender das diversas decisões¹¹ do órgão que, para serem válidas, as interceptações devem estar minuciosamente expressas em lei. A autorização judicial não é suficiente, devendo a norma estabelecer os casos possíveis de interceptação, bem como seus limites.

O Tribunal europeu de direitos humanos julga também as ações dos países que o aceitaram e que não garantiram o máximo de oportunidades de defesa possíveis¹².

Ainda, no Tribunal é defendido o sigilo das gravações, não sendo permitida por essa Corte a publicação do seu conteúdo, sob pena de indenização por danos sofridos.

2.3.6 Estados Unidos

Nos EUA, a proibição das interceptações telefônicas e de sua divulgação é a regra. O desrespeito à norma gera sanções penais e possível indenização do lesado e, também, as provas obtidas serão consideradas ilícitas não podendo ser usadas em juízo.

No entanto, o sigilo não é absoluto, como na maioria das legislações. A IV Emenda Constitucional atribui poderes à autoridade judiciária para autorizar a interceptação, desde que obedeça a critérios legais e com o fim de ser prova em infrações penais.

As interceptações deverão ser gravadas e entregues ao juiz podendo a cópia ficar com a autoridade policial. O juiz, por outro lado, deve intimar a parte interceptada para tomar ciência do ocorrido e do seu conteúdo. Na legislação americana são lícitas as interceptações feitas com o consentimento de um dos interlocutores.

No país originário da teoria do fruto da árvore envenenada, a Suprema Corte não admite, em regra, qualquer meio de prova proveniente de interceptações ilícitas.

¹¹ Como exemplos temos os casos Huvig e Kruslin na França, Halford na Inglaterra em 1997, P.G e J.H versus Reino Unido em 2001, Bettino Craxi (antigo primeiro ministro da Itália) em 2003.

¹² No caso Kopp, em 1998, o advogado suíço foi indenizado por ter sido intimado apenas para ser informado que o telefone dele fora interceptado e que as ligações e degravações das mesmas foram destruídas, pois as suspeitas contra ele eram infundadas.

2.3.7 México

No México, é na Constituição e em leis federais que está garantido o sigilo das comunicações privadas. Apenas a autoridade judiciária, mediante pedido da autoridade federal autorizada por lei ou do Ministério Público, poderá autorizar a intervenção nas comunicações privadas.

Apesar de a intervenção estar limitada à esfera criminal, estão proibidas intervenções quando tiverem caráter eleitoral, fiscal, mercantil, civil, trabalhista, em matéria administrativa e em relação a comunicações relativas à prática advocatícia.

No México as interceptações estão limitadas a crimes (previstos em um rol taxativo) cometidos por grupos organizados.

O requerimento de interceptação deve ser escrito. Nele deve estar demonstrado o objeto da intervenção, a sua necessidade, os indícios de que no delito participa membro do crime organizado, o crime, o tipo de comunicação a ser interceptada, a duração (não podendo ultrapassar seis meses, salvo exceções) e as pessoas que realizarão a interceptação.

2.3.8 Chile

No Chile, a Constituição, assegura, quase que absolutamente, a inviolabilidade de qualquer forma de comunicação. Na legislação extravagante chilena estão algumas exceções. Dentre elas estão a lei antiterrorismo e a lei de tóxicos.

Cabe destacar aqui que no Chile a prova obtida mediante interceptação não é incontestável, ela apenas conduz a busca de outros elementos de prova.

A interceptação deverá ser autorizada judicialmente devendo conter a determinação do número de telefones interceptados, oportunidade, necessidade e proporcionalidade da medida.

O magistrado deverá ficar com o material gravado, não podendo dar conhecimento da interceptação, naquele momento, ao investigado. Por essa razão a medida deverá conter sua duração.

Por fim, o direito chileno não possui um rol de crimes passíveis de interceptação. O juiz decidirá sobre a situação de acordo com a gravidade do delito.

2.3.9 Argentina

No direito argentino a norma constitucional protege o direito à intimidade e é na norma infraconstitucional que estão as exceções ao sigilo telefônico.

São requisitos para as interceptações telefônicas: ordem judicial fundamentada; que o delito seja grave; que os fatos não possam ser conhecidos ou provados de outra forma ou, ainda, que seja de difícil acesso. A intervenção deve alcançar o imputado e as pessoas suspeitas de transmitir ou receber comunicações destinadas a ele.

O direito argentino enfatiza que deve existir uma investigação inicial para quebrar o sigilo. Não deve ser a interceptação usada para dar início às investigações.

Ainda deve ser comprovado que o sacrifício dos direitos individuais do imputado não sejam irrazoáveis ou desproporcionais, sob pena de nulidade da interceptação.

Questão interessante no direito argentino é o descobrimento de encontros fortuitos. A regra é a não utilização do material colhido salvo se o interceptado estiver na iminência de cometer um delito.

Na mencionada legislação os encontros fortuitos não são permitidos, pois a partir de um único fato poderiam ser abertos infinitos outros que não derivaram do motivo inicial, dando margem a abusos.

3 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E OS PRINCÍPIOS A ELA RELACIONADOS

A finalidade do direito processual é alcançar verdades jurídicas que se aproximem ao máximo da verdade absoluta. Tal objetivo é efetivado por meio das provas.

As provas são um elemento instrumental cuja finalidade é convencer o julgador sobre a existência de fatos, supostamente ocorridos, ou não, relevantes ao processo e suficientemente seguros para formar a convicção necessária ao pronunciamento judicial.

As interceptações telefônicas podem possuir a natureza de prova documental ou de prova testemunhal. Quando se é gravado e transcrito o conteúdo da gravação, tem ela a natureza documental. Quando houve a transcrição, mas não houve a gravação da conversa, o depoimento pessoal daquele que efetuou a medida tem caráter de prova testemunhal.

O Código de Processo Penal brasileiro adota na fase investigativa, principal fase em que são efetuadas interceptações, o sistema misto, sendo ao mesmo tempo inquisitorial e acusatório, permitindo uma amplitude de provas para buscar a certeza processual.

No entanto, essa amplitude deve ser apreciada de forma a equilibrar o conflito de princípios, constitucionais e legais, de forma a trazer o maior benefício coletivo possível. É papel fundamental da amplitude na produção das provas trazer todo o material suficiente ao convencimento da verdade efetuada da justiça.

Como já dito, a amplitude na produção de provas deve ser limitada pela sensibilidade do órgão julgador quando este usa o conjunto de princípios de nosso ordenamento para tomar a decisão que traga o melhor resultado à coletividade.

Nessa busca pela verdade mais próxima da verdade real a cada dia tem-se efetuado mais interceptações ilícitas e é o seu uso que deve ser racionalizado de forma a não utilizá-las sempre, mas também não descartá-las por completo.

É nessa situação que devem ser contextualizados os princípios fundamentadores das interceptações telefônicas.

3.1 O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal insere em seu art. 5º, inciso LVI, a expressa "inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos".

Conceitualmente, prova ilícita é toda aquela que tem sua produção proibida pelo ordenamento jurídico, sendo sua vedação absoluta. Porém, vedada relativamente, está as que são autorizadas, mas que tem alguns dos seus requisitos desobedecidos (prova ilegítima).

Nesta diferenciação entre prova ilícita e ilegítima, nos diz Luiz Gustavo Carvalho (1988, p. 47/48):

[...] pode-se dizer que a expressão "prova ilícita" compreende a prova ilícita em sentido restrito e a prova ilegítima. A prova ilícita em sentido restrito é aquela obtida em violação a normas de direito material, geralmente ferindo direitos constitucionais fundamentais, como é o direito à privacidade e à integridade física. Prova ilegítima é a prova produzida em desconformidade com as normas processuais, violando-se tão-somente o direito processual, pois não corresponde à forma que a lei processual estabeleceu para sua produção.

As provas ilícitas têm sua nulidade absoluta, devendo ser retirada dos autos, sendo absolutamente nula a sentença condenatória nela fundamentada.

Já as provas ilegítimas nulificam os atos contrários ao direito processual, e torna ineficaz a decisão nela fundamentada (nulidade relativa).

A polêmica do uso das provas ilícitas gira em torno dos direitos fundamentais do homem, gerando divergências, como a abrangência constitucional das provas ilícitas e a limitação em sua produção.

3.2 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA/VENENOSA E AS PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS

Consagrada pela Suprema Corte norte-americana a teoria, segundo a qual os frutos provenientes de uma árvore venenosa também são possuidores de veneno (fruits of the poisonous tree), traduz a idéia que provas colhidas, e derivadas, de outra prova obtida ilicitamente também são ilícitas.

Nem doutrina e nem a jurisprudência chegaram a um consenso a respeito do seu uso. O Supremo Tribunal Federal, por ínfima maioria de votos (seis votos a cinco), no Habeas Corpus 69.912/RS admitiu o uso das provas ilícitas por derivação. Na tese vencedora defendeu-se o seu uso, pois não é possível descartar todas as provas lícitas apenas por serem derivadas de uma única ilícita.

Ainda, para eles, foi preferível admitir o uso das provas derivadas a deixar o crime impune, posição essa essencialmente relativizadora dos direitos fundamentais e fundamentadora do princípio da proporcionalidade.

Já os Ministros que sucumbiram em sua tese defendiam o uso da teoria como único a dar eficácia ao princípio da inadmissibilidade da prova ilícita. Para eles seria inútil proibir a feitura da interceptação, mas permitir o uso do conteúdo delas provenientes.

Porém, no mesmo Habeas Corpus, novo julgamento foi efetuado, deferindo-o, pois, em recurso do Ministério Público Federal foi declarado o impedimento de um dos Ministros, resultando em uma nova votação que findou empatada (cinco a cinco).

Já no HC 72.558/PB, após a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard - a favor do uso de provas derivadas de outra ilícita - a teoria fruits of the poisonous tree foi convalidada tendo seu Ministro Relator Maurício Correa afirmado que "as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes".

O STF e o STJ em diversos julgados têm minimizado a teoria dos frutos da árvore venenosa e têm admitido o uso de provas derivadas de provas ilícitas quando elas, por si só, não tiverem levado o réu à condenação.

3.3 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Apesar de o juiz nunca poder obter a verdade absoluta dos fatos, é seu dever se aproximar ao máximo da realidade.

As provas têm o objetivo de obter um convencimento capaz de promover um julgamento assegurador da eficácia da justiça e de preservar, proporcionalmente, os direitos do réu.

As partes devem procurar por provas, não se limitando ao que é apresentado. Também o magistrado deve procurar por provas, porém, apenas quando o seu juízo não estiver formado, tendo caráter complementar às provas já apresentadas. O magistrado, na produção de provas, é co-autor.

Tendência do Direito Penal moderno é a efetuação da justiça através de sua intromissão no processo para obter a tão famigerada paz social.

Porém, as opiniões não convergem até onde as provas podem ser usadas para efetivação da justiça.

O princípio em contexto defende a busca (não apenas pelas partes) por provas que elucidem o crime de forma a demonstrar claramente como ele ocorreu e quem o cometeu.

Nessa busca pela verdade o direito brasileiro e o alienígena entram em confronto com o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, e ainda não obtiveram um convencimento pleno de qual princípio seguir.

Muitos defendem a inadmissibilidade do Estado adentrar além dos limites normativos e agredir diretamente os direitos daqueles que tiveram suas comunicações interceptadas. Para eles o Estado não deve agir criminosamente igual àqueles submetidos às interceptações telefônicas.

De acordo com sua tese, é dever do Estado não admitir provas ilícitas sendo preferível deixar soltos criminosos a desrespeitar as normas e a segurança jurídica assegurada aos cidadãos.

No entanto, uma tese vem ganhando espaço no direito brasileiro: a proporcionalidade dos direitos garantidos pelo Estado. Original do direito alemão, essa teoria defende o estudo da situação fática de forma a obter resultados benéficos à coletividade. Muitos advogam por esta tese por ser ela a maior promotora da paz social em matéria penal.

É certo que devem ser assegurados aos cidadãos todos os meios legais para que eles tenham uma segurança jurídica, social e econômica.

É certo, também, que para que todos esses meios efetivamente funcionem deve ser garantida uma paz social que permita primeiramente a vivência em sociedade do homem.

O Direito, por atingir toda uma sociedade e uma infinidade de fatos, possui e deve possuir lacunas. A norma nunca vai acompanhar as constantes mudanças sociais, não podendo ser absoluta.

Uma suposta segurança jurídica não deve ser usada, principalmente por criminosos, como fundamentadora para mantê-los em liberdade.

Como nos diz Chaim Perelman (1996, p.466):

[...] existem fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que ela não pode imaginar e nas quais, tendo a norma se tornado inaplicável, é preciso, como se puder, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades da hora e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.

Antes de garantir uma segurança jurídica ao cidadão é preciso garantir direitos básicos ao ser humano. Os direitos à vida, à integridade física, dentre outros, são primordiais a qualquer outro, e perante estes todos sucumbem.

É nesse ambiente que a verdade real está inserida. Ao assegurar em demasia os seus direitos secundários (intimidade, honra, dignidade, segurança jurídica, entre outros) aos cidadãos, o Estado está pondo em risco seus direitos básicos (vida, segurança pública, etc.).

O princípio da proporcionalidade vem a se adequar perfeitamente ao princípio da verdade real. Em situações gravíssimas e raríssimas deve-se relativizar a inadmissibilidade das provas ilícitas assegurando ao órgão julgador o direito de usá-las para obter uma, também, real justiça.

Justiça real esta promotora da justiça social e repressora da impunidade, maior causadora do aumento de criminalidade em nosso país.

Para finalizar, por questões de justiça criminal, apesar de ser possível o uso da prova obtida ilicitamente, deve-se punir exemplarmente quem de forma ilícita agrediu direitos alheios interceptando comunicações arbitrariamente.

3.4 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É direito de todo cidadão, que for processado, ter um processo com tramitação regular e legítima.

No âmbito criminal, para que alguém seja privado de sua liberdade é preciso que sejam respeitadas todas as formalidades processuais e que sejam assegurados todos os meios de defesa, e em toda sua amplitude.

Esta amplitude de meios deve ser assegurada a todas as partes do processo. Caso não assegurada ao processado, pode gerar o direito ao pedido de nulidade do processo, e caso seja o processado quem prejudica as atividades probatórias, impedindo a sua amplitude, pode ele ter contra si decretada um pedido de prisão.

O princípio do devido processo legal está diretamente ligado ao princípio da inadmissibilidade do uso de provas ilícitas. Ao assegurar a amplitude probatória às partes, nosso ordenamento jurídico proibiu, em regra, a sua produção ilícita - que fere direitos e princípios de nosso ordenamento.

Porém, amparados por jurisprudências nacionais e internacionais, e por doutrinadores, o devido processo legal vem admitindo o uso de provas ilícitas que beneficiem o réu e, com raros exemplos, o seu uso pro societate, permitindo sua produção no interesse da coletividade.

3.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A idéia de proporcionalidade teve início na Antiguidade Clássica Greco-romana onde a balança de Thémis e seu equilíbrio nos dá a noção de direito aplicável a época.

Já no constitucionalismo contemporâneo, apesar de não estar expressamente escrito na Carta Magna, esta intimamente ligada aos direitos fundamentais e ao controle da lei, exigindo do legislador a intervenção necessária nos direitos dos indivíduos, ou seja, sua função é reprimir medidas desproporcionais (excessivas ou insuficientes).

Com o objetivo de proteger as garantias fundamentais, subdivide-se em outros subprincípios: adequação (os meios devem ser adequados à finalidade), necessidade (a medida deve ser a única possível para obter os fins desejados) e proporcionalidade stricto sensu (as normas devem ser aplicadas na exata medida de sua necessidade, a conduta praticada deve ser aquela que cause danos em menor grau aos direitos dos indivíduos).

A unicidade da Constituição fundamenta a necessidade de nunca olhar apenas a norma individual, mas toda sua relação com o sistema normativo. É neste conjunto e diante de conflitos entre princípios fundamentais que o princípio da proporcionalidade se torna ideal para solucionar os casos em concreto.

Este, segundo Glauco Barreira Magalhães Filho, é o princípio dos princípios, pois é através dele que os outros encontram a sua aplicabilidade e eficácia (2004, p. 208).

Devido ao caráter relativo de todos os princípios constitucionais, tem sido admitido o princípio da proporcionalidade e utilizado face às interceptações telefônicas sendo possível que uma prova considerada ilícita venha a se tornar lícita.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime na aplicação do princípio da proporcionalidade pro reo, mas há decisões do Superior Tribunal de Justiça que admite seu uso pro societate, como o exemplo a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO, NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. [...].¹³

¹³ STJ. **Habeas Corpus 3982/RJ**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=5>. Acesso em: 5 mai. 2010.

É grande o número de decisões dadas pelo Supremo Tribunal Federal ratificando o princípio da proporcionalidade. Os Ministros da referida corte, em sua maioria, defendem que apesar de não estar expressamente positivado na Carta Magna sua colocação está implícita em diversos artigos da mesma.

Em tempos de globalização as jurisprudências alienígenas, a exemplo da alemã (criadora do princípio da proporcionalidade) e a norte-americana (criadora do princípio da razoabilidade), têm influenciado nosso ordenamento trazendo novas interpretações relativizadoras dos direitos fundamentais.

3.6 A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como é notório, os direitos fundamentais não são ilimitados, nem absolutos. Os direitos fundamentais se limitam quando asseguram os mesmos direitos aos demais cidadãos, se integrando a ideais de responsabilidade e valores sociais.

Nos dizeres de Manuel da Costa Andrade (1999, p. 213/14):

[...] assim, além dos limites 'internos', que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm, também, limites 'externos', pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.

A limitação aos direitos fundamentais está presente sempre que há conflitos entre direitos fundamentais, ou, entre estes e os valores comunitários. Porém, não é possível estabelecer quais devem prevalecer em face dos outros.

Por serem os direitos fundamentais relativos, abre-se a possibilidade de admissão de provas ilícitas para proteger bens que, quando em conflito com outros, possuam um caráter social, ético e moral mais importante em relação aos outros.

Como pode ser depreendido, na relativização de direitos fundamentais e na solução de seus conflitos, o princípio da proporcionalidade é fundamental para dar flexibilidade, legal e jurisprudencial, à vedação da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Como nos diz Montesquieu (1996, p. 71):

[...] a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem, aí, consiste o cânone da legalidade, portanto, aqueles que voluntariamente, violam as regras do corpo social, não podem invocar prerrogativas dos homens livres. Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, questiona-se não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (princípio da reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas, onde este se converte no princípio da reserva legal proporcional.

É a tese que mais se aproxima da nova hermenêutica, pois relativizando os direitos fundamentais preserva-se a força normativa dos princípios (implícitos ou explícitos) presentes na Constituição e, ainda, atinge um ideal de justiça socialmente mais amplo que as outras formas.

4 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO DIREITO BRASILEIRO

A atual Constituição Federal, preservando o direito à intimidade dos cidadãos brasileiros, em seu art. 5º, X prescreve que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

O sigilo das telecomunicações, como os demais direitos, não é absoluto, não podendo sobrepor-se intocável aos demais direitos tutelados por nossas leis. Assim como toda liberdade individual, este direito está condicionado à realização da conveniência social, não podendo servir como protetor de práticas ilícitas.

Ele deve ser usado e interpretado de maneira razoável, comparando-o aos demais direitos e princípios normativos. Deve-se adequá-lo ao fato de modo a ofender o mínimo possível os direitos dos envolvidos.

Em nenhum momento pode ser feita uma interceptação telefônica com critérios desproporcionais, ou seja, para a interceptação ser considerada legal não basta obedecer aos critérios legais, ela deve antes de tudo sopesar se o dano causado aos interceptados é maior que o dano causado, pelos interceptados e pela feitura da interceptação, à coletividade.

Confirmando essa posição, Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 27) assim afirma:

Os sistemas constitucionais modernos adotam, expressa ou implicitamente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados.

Ainda, Lenio Streck (2001, p. 60) pondera:

Parece, assim, ser o caso de se fazer uso do mecanismo da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, toda vez que for utilizada a via da “escuta” para a investigação de determinados delitos que, à evidência, não estavam na previsão/reserva constitucional que, no sopesamento entre fins e meios, mereceria o sacrifício da violação do direito à intimidade.

Por não ser o sigilo telefônico absoluto e para limitar os aplicadores da lei, o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal prescreve, normatizando diretamente as interceptações:

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.

Esse texto foi alterado pela Comissão de Redação que, exorbitando seus poderes, acrescentou à redação original as palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal”. A redação original aprovada pela Assembléia Constituinte assim dizia:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual.

Ada Pellegrini (1997, p. 23) defendendo a inconstitucionalidade formal do art. 5º, XII, da CF, por vício de competência e por afrontar o processo legislativo em excelente explicação afirma:

Penso até que a versão original poderia ser restabelecida a qualquer tempo por emenda do Congresso Nacional que, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma – por infringência à Emenda n. 26 – não ficará vinculado pela imutabilidade das denominadas “cláusulas pétreas”. Mas certamente ao Poder Judiciário caberia declarar a inconstitucionalidade da regra indevidamente reescrita pela Comissão de Redação, suprimindo as palavras acrescidas, de acordo com as modalidades previstas no ordenamento para o controle de constitucionalidade. Nem seria essa a primeira vez que se discute a respeito da constitucionalidade de normas inseridas no próprio texto constitucional, mesmo que se trate de regras emanadas do Poder Constituinte Originário.

A interpretação desta norma constitucional possui sutilezas gramaticais merecedoras de esclarecimentos. No texto do art.5º, XII, da Constituição, do termo “no último caso” podem ser depreendidas duas interpretações.

Na primeira interpretação o entendimento é que o texto constitucional prevê o sigilo da correspondência, de um lado, e o das demais comunicações, do outro. Assim, a expressão “no último caso” permitiria a interceptação das três últimas formas de comunicação (telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas).

Já na segunda depreende-se que o sigilo abrange quatro situações: da correspondência, telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Assim, a expressão “no último caso” estaria se referindo apenas às comunicações telefônicas, e só estas poderiam ser interceptadas.

Nossos tribunais unanimemente, diferente de nossos doutrinadores, defendem a segunda hipótese, ou seja, em seus entendimentos a Constituição autorizou apenas as interceptações telefônicas, salvo raríssimas exceções.

Note-se, em todas as interpretações o sigilo da correspondência não é ao menos questionado, dando a idéia de ser absoluto, o que nossa jurisprudência já demonstrou ser um engano.

As interceptações telefônicas são uma grande agressão aos direitos da personalidade e às garantias individuais de ambos os interlocutores e por isso devem ser usadas em última hipótese, apenas quando não houver outra forma do fato ser provado.

Seu uso indiscriminado e desproporcional pode ser considerado crime, tipificado no art. 10 da Lei 9.296/96 e também poderá ser decretada sua ilegalidade e conseqüente inutilidade da sua feitura para instruir o processo, de acordo com o inciso LVI do art. ¹⁴ da Constituição.

Para regulamentar o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal foi editada a Lei 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas) que, apesar de ser um exemplo de imprecisão dos nossos legisladores resolveu uma situação de completa anarquia legal, pois todas as interceptações telefônicas, após a atual Carta Magna, feitas “à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-las e viabilizá-la”¹⁵ eram consideradas ilícitas¹⁶.

¹⁴ Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁵ STF. **Habeas Corpus 69912 segundo/RS**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC-segundo.SCLA.+E+69912.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 mai. 2010.

¹⁶ STF. **Habeas Corpus 73351-4/SP**. Disponível em:

<<http://www.conteudo.com.br/professoragiseleite/as-implicacoes-juridicas-da-interceptacao-telefonica>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

O objetivo final das interceptações telefônicas é a obtenção do meio de prova, relativo à infração penal e a sua autoria. E, para inibir práticas abusivas, o legislador constituinte achou melhor deixar sua regulamentação à Lei das Interceptações.

Referida lei em seu art.1º define o âmbito de atuação das interceptações assim afirmando:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.
Parágrafo único: O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Cabe aqui destacar que segundo a maioria da doutrina, como já foi demonstrado acima, que a Lei ao afirmar ser cabível à "qualquer natureza" quis se referir as interceptações telefônicas *latu sensu*, descartando qualquer outra forma de interceptação que não seja feita por pessoa alheia ao diálogo.

Posição doutrinária esta contrária ao STF, STJ e diversos outros tribunais, que afirmam serem cabíveis apenas à interceptação *strictu sensu*. Lembrando que, estes mesmos tribunais, no âmbito penal, têm aplicado o princípio da proporcionalidade, interpretando estes conceitos amplamente de acordo com o caso concreto.

Como exemplo¹⁷ tem-se o Tribunal de Justiça de São Paulo ao afirmar que "havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova, deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da coletividade".

Ainda, como exemplo, a decisão da 5ª Turma do STJ, que julgando recurso em sentido estrito interposto contra decisão¹⁸ denegatória de habeas corpus, negando-lhe provimento, vejamos parte de sua ementa:

A gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal,

¹⁷ TJSP. **Apelação Criminal nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_ao_absoluta?pagina=5>. Acesso em: 17 fev. 2010.

¹⁸ STJ. **Recurso de Habeas Corpus n. 7.216/SP**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5529&p=2>>. Acesso em: 5 mai. 2010.

aplicando-se, nesse caso, o princípio da proporcionalidade, que permite suprimir alguns direitos para que prevaleça outro de maior valor. [...]

O STF indo de acordo com esse princípio não considerou ilícita a quebra do sigilo da correspondência (sigilo supostamente considerado absoluto) de um preso, pois este estaria abusando de seu direito à vida privada e à intimidade para praticar crimes. Conforme consta do acórdão:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, e disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art.41, parágrafo único da Lei 7.210/84, proceder à interceptação de correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas¹⁹.

Outra polêmica do art.1º é o seu parágrafo único que afirma ser possível o uso da Lei das Interceptações no "fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Não há unanimidades doutrinárias a este respeito.

As opiniões contrárias ao uso defendem a inconstitucionalidade do parágrafo único pela sua inadequação ao termo "comunicações telefônicas".

Defendem eles que as comunicações telefônicas se resumem à transmissão de voz pelos interlocutores. Da lei estariam excluídas todas as outras formas de conversação, dando margem à impossibilidade de se obter prova de conversas, que não sejam faladas, entre criminosos.

Os doutrinadores a favor da interpretação extensiva do termo "comunicações telefônicas" defendem a intenção que o legislador teve ao elaborar a lei: obter a prova que não poderia ser obtida em momento posterior, caracterizada pela sua imediatidade.

Ainda, tem sido adotada para justificar o uso a definição dada pela Convenção Internacional de Telecomunicações promulgada no Brasil pelo Decreto n.70, de 6-11-1991 que é "a forma de comunicação essencialmente destinada à troca de informações sob a forma de conversação" (escrita ou falada).

¹⁹ STF. Revista dos Tribunais 709/418.

A partir dessa interpretação é possível interceptar todas as formas de conversação (através de dados, símbolos, escrita, falada, etc.).

Defendendo a constitucionalidade desta norma, César Dario Mariano Silva (2007, p.59) defende que os casos devem ser interpretados isoladamente. Deve-se observar se a intimidade pode ser atacada em prol do interesse público relevante, sob pena de se instaurar no Brasil uma era de impunidade digital.

O art. 2º da Lei nº 9.296/96, em lamentável redação negativa²⁰, enumerou os casos em que não será possível a efetivação da interceptação, dando a presumir que o sigilo das telecomunicações é a regra e não a exceção como é depreendido da Constituição.

Apesar da redação negativa, isso não quer dizer que todos os casos que se adéqüem à lei serão aptos a justificar medida tão agressiva aos direitos individuais. De acordo com Vicente Greco Filho (2006, p.22):

Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar bem jurídico da magnitude das comunicações telefônicas para a investigação de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.

Por ser de natureza cautelar, a medida em apreço deve satisfazer os requisitos do *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo de ser perdida a prova se ela não for efetuada naquele momento).

Caracterizando o *fumus boni iuris* da medida, no inciso I, do art. 2º, está expresso a necessidade de indícios razoáveis da existência de infração penal ou de uma provável autoria.

O legislador, quando citou o indício razoável, se contentou com o juízo de probabilidade da autoria e da participação do investigado, sendo ele menos que o indício suficiente que dá início à ação penal.

Essa margem de discricionariedade dada pelo legislador ao juiz busca a melhor efetividade na aplicação do conceito, devendo o juiz, em caso de dúvida sobre a presença de algum dos requisitos, optar pela maneira menos onerosa à esfera individual.

²⁰ A maioria dos países optou pela redação positiva dos requisitos das interceptações. Neles, é expressa a relação de crimes passíveis de serem interceptados.

Em seu inciso II, caracterizando o periculum in mora da respectiva cautelar, está o fato de que, a interceptação telefônica, naquele momento é o único meio disponível através do qual o fato pode ser provado. A interceptação para ser deflagrada deve ser o único meio existente no momento em que é solicitada, não invalidando os meios que surjam após sua feitura.

Porém, invalida a medida quando são ocultados outros meios probatórios ou quando a autoridade, contaminando a prova, age com desinteresse ou má-fé. Também invalida a medida sua feitura por falta de meios materiais disponíveis, pois esta não é justificadora de tal agressão aos direitos.

Não será, ainda, permitida a interceptação quando não for possível a ação penal, como é o caso, dentre outros, da extinção da punibilidade (morte do agente, prescrição, decadência, etc.).

Não poderá deflagrar a interceptação telefônica, de acordo com o inciso III, se "o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.", ou seja, a Lei nº 9.296/96 só permitiu a intervenção na vida íntima nos fatos punidos com reclusão.

Muitos advogam pela tese da restrição da universalidade dos crimes, apenados com reclusão, aptos a instaurar a interceptação.

O rol de crimes escolhidos pelo legislador traz crimes que não justificariam a interceptação, por serem desproporcionais à pena cominada ou por não ser a medida adequada ao tipo de crime, enquanto há outros que apesar de não estarem sujeitos à pena de reclusão tem seu meio de prova exclusivamente na interceptação, como é o caso dos crimes contra a honra e da ameaça feitos através do telefone.

Apesar da norma instituidora dos crimes sujeitos à interceptação não ser considerada inconstitucional, sua aplicação, sendo desproporcional, deve ser considerada inconstitucional pelo órgão julgador do feito.

Do mesmo modo, apesar do rol exposto pela lei, muitos defendem a aplicação da interceptação a qualquer crime na qual ela seja indispensável como prova.

Baseado no direito comparado, onde a maioria dos países usa a gravidade do ato e a necessidade de sua feitura como justificadores da medida, muitos tem interpretado a lei extensivamente de modo a não deixar o vácuo legislativo ser sustentador da criminalidade.

Em seu parágrafo único, o art. 2º mostra a imperiosa necessidade da clareza da decisão concessiva da interceptação, devendo o magistrado destacar a situação

objeto da investigação, incluindo a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta e devidamente fundamentada de assim proceder quanto à qualificação do investigado.

A ausência de qualificação não é motivo de indeferimento da intervenção desde que possível a determinação do investigado.

É essencial a autorização judicial de toda interceptação telefônica. Ela pode ser determinada para investigações criminais (até a instauração da ação penal), requerida pela autoridade policial e pelo Ministério Público; ou para instruções criminais (já instaurada a ação penal), requerida apenas pelo Ministério Público.

De acordo com os princípios da igualdade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, é possível, também, ao investigado, ao querelante e ao assistente de acusação requerer a medida para possibilitar a aquisição de meios de prova, desde que obedecidas as normas legais.

Dúvida há se a autorização pode ser feita após a interceptação, tendo caráter apenas ratificador. Luiz Vicente Cernicchiaro (1996, p.3) critica a opção do legislador ao optar pela necessidade da prévia autorização citando o Código Penal Italiano que permite a medida quando sua necessidade é imediata.

No entanto, para alguns, em nenhum momento a Lei se referiu à autorização prévia. Para eles se efetuada e posteriormente autorizada, a medida e todos os seus efeitos serão legítimos. Posição adotada por Vicente Greco Filho (2006, p. 45).

Divergências doutrinárias conflitam sobre a possibilidade de a medida ser deferida de ofício.

Há aqueles que acham “perfeitamente admissível a iniciativa de ofício” como Raimundo Amorim de Castro (2009, p. 144). Outros, como Luiz Flávio Gomes, advogam pela sua completa inconstitucionalidade, pois estaria sendo instaurado um “juiz inquisidor, inaceitável diante do processo acusatório adotado pelo Brasil.” (1997, p. 31-37). Para eles, excepcionalmente, o juiz poderia designar, apenas, medidas complementares à investigação.

A competência para o deferimento da medida é de natureza absoluta, devendo o juiz que a determinou ser o juiz da ação principal. A exceção a esses casos está em leis de organização judiciárias estaduais que em determinadas comarcas possui juízos especializados em providências anteriores à denúncia.

Outra exceção são os juízes plantonistas que naquele momento possuem competência para deferir a medida.

O pedido feito à autoridade judicial deve demonstrar a sua necessidade e os pressupostos de sua licitude indicando os meios a serem empregados, só podendo ser negado se não obedecer a todos os requisitos essenciais ou for desproporcional.

Contra seu indeferimento, quando obedece ao exposto, é passível o uso do mandado de segurança.

A fundamentação da autorização deve se basear em fatos específicos do caso sendo nula se deferida de forma generalizada ou repetidora da lei.

Em casos excepcionalíssimos pode o juiz admitir pedido verbal, mas a concessão será condicionada à sua redução a termo.

Deverá o juiz decidir o pedido em até 24 horas. Essa decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da interceptação, não podendo a autorização ser superior a 15 dias.

Caso seja necessária nova prorrogação desse prazo deve o juiz rever a indispensabilidade da medida podendo prorrogá-la, diversas vezes, por período igual ao anterior.

Note-se o extremo cuidado previsto pelo legislador ao prever tal invasão aos direitos. A medida pode ter, segundo a lei, duração indeterminada, mas será reavaliada no máximo quinzenalmente.

A Lei nº 9.296/96 não menciona a participação do Ministério Público na autorização ou denegação da interceptação. A audiência prévia com o Ministério Público, se obrigatório, pode tornar inútil as investigações consideradas urgentes.

Porém, não havendo tal urgência e sendo o Ministério Público o titular da ação penal e o fiscal da lei, deverá ser ouvido o Parquet assegurando a utilização da prova futuramente.

Questão intrigante é a feitura da interceptação pela autoridade policial²¹. No Código Brasileiro de Telecomunicações a quebra do sigilo era feita pela concessionária.

Com o advento da Lei n. 9.296²² a autoridade poderá fazê-la ou poderá requisitar serviços e técnicos às concessionárias, em todas as hipóteses será dada ciência ao Ministério Público que poderá acompanhar sua realização.

²¹ Autoridade de polícia judiciária, federal ou estadual, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, tratando-se de crime de competência da Justiça Militar.

²² Art. 7º - Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Doutrinadores advogam pela impossibilidade da autoridade policial realizar o feito à revelia da concessionária (PANTALEÃO. 2006, p. 104). Justificam sua tese o grande poder e tecnologia postos nas mãos da autoridade policial, que sem limites poderia se tornar abusivo. Mas, com a devida fiscalização e, se necessário, punição daqueles que abusaram de seus poderes, esse argumento perde sua base justificadora.

A interceptação telefônica poderá ser gravada ou não. Havendo a possibilidade, a doutrina recomenda a sua gravação para não haver prováveis argumentações em relação a abusos cometidos na sua captura, que em casos de dúvidas poderiam beneficiar o investigado.

Se a medida foi gravada e ouvida, a gravação deverá ser transcrita e autenticada. Se ela foi apenas ouvida, deverá ser transcrita, sob responsabilidade de quem ouviu o conteúdo dos diálogos, podendo essa pessoa, se preciso, ser ouvida pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

Em qualquer das hipóteses deverá ser encaminhado ao juiz junto ao resultado das interceptações um auto circunstanciado resumindo todas as operações necessárias para sua obtenção.

Todas essas medidas devem ter seu sigilo protegido. Para assegurar ao máximo a intimidade dos envolvidos deve haver procedimentos que a garantam. Em outros países, o conteúdo é embalado e lacrado, qualificando-se todos que tiveram acesso a ele, medida que no Brasil começa a ser adotada²³.

O requerimento da interceptação, a decisão que a autoriza, as gravações, transcrições e o auto circunstanciado serão autuados em autos apartados, apensados ao inquérito policial ou ao processo criminal, devendo ser mantidos em absoluto sigilo.

O sigilo é externo, em relação a terceiros estranhos aos autos, não em relação aos envolvidos (partes, seus advogados, ao promotor e ao magistrado). O sigilo ao conteúdo não atinge o réu, se atingi-lo estará caracterizado o cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

Quando a interceptação realizou-se no curso da investigação criminal seu apensamento será realizado antes do relatório final do inquérito. Quando for à instrução processual a juntada se dará depois das alegações finais das partes e

²³ Indo de acordo com a Resolução nº 59 do Supremo Tribunal Federal.

antes da sentença, excetua-se o procedimento bifásico dos crimes dolosos contra à vida onde o apensamento se dará antes da pronúncia.

Nesse momento, todos os envolvidos já tiveram acesso ao conteúdo da gravação. Cabe observar que o momento de apensamento dos autos sigilosos não é o mesmo em que as partes têm acesso ao conteúdo das interceptações. O investigado ou réu deverá ter ciência do conteúdo no primeiro momento possível que não interfira na medida.

No inquérito policial, o investigado tem o direito a ver o conteúdo das interceptações ultimado o prazo autorizado pelo juiz, excetuando, logicamente, os casos em que nova autorização é concedida.

Na ação penal o réu terá acesso ao conteúdo das operações, se estas já foram finalizadas, antes do interrogatório. Porém, se a interceptação foi deferida no curso da instrução processual, o réu terá acesso imediato à transcrição das gravações, mesmo que estas sejam apensadas apenas posteriormente.

O réu tem o direito ao acesso a todas as transcrições e gravações em sua completude configurando cerceamento de defesa a limitação ao seu conteúdo.

Apesar de ser uma medida cautelar, caracterizada por ser inaudita altera pars, devem ser assegurados, na medida do possível, os direitos constitucionais e legais de todos os envolvidos.

A medida tem seu contraditório diferido, sendo realizado apenas após sua efetivação, ou seja, o direito de defesa só será limitado até a efetivação da interceptação da comunicação.

Quanto ao conteúdo das gravações e das transcrições, a lei em seu art. 9º prevê a inutilização, total ou parcial, por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução penal ou após esta, das que não interessem à prova.

A inutilização, deferida de ofício ou requerida pelo Parquet ou, ainda, pelo interessado, é obrigatória, podendo sofrer responsabilização penal²⁴, por omissão com dolo eventual, quem não o fizer.

O incidente de inutilização deverá ser assistido pelo Ministério Público sendo facultada a presença das partes e/ou dos seus representantes legais.

²⁴ Lei nº 9.296/96, art. 10 - Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

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

Da decisão que determina a inutilização, ou não, da gravação desnecessária, cabe apelação com base no art. 593, II²⁵, do Código de Processo Penal. O terceiro interessado poderá pleitear ao juiz a inutilização dos conteúdos a seu respeito. Se indeferida, da decisão cabe mandado de segurança²⁶ em defesa ao seu direito ao sigilo e à vida privada.

Quanto aos crimes previstos no art. 10²⁷ da Lei nº 9.296/96, têm eles o objetivo de penalizar a quebra do sigilo das comunicações, quando ilegal, e a publicidade do conteúdo das interceptações realizadas.

O crime se consuma com a feita da interceptação (crime de mera conduta), sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. A existência de qualquer desses elementos caracteriza o crime, podendo ser ele cometido por qualquer pessoa.

Este crime é doloso – admitindo também o dolo eventual. A co-autoria e a participação são possíveis. Também é possível que o crime seja apenas tentado.

Em um segundo momento o artigo prevê a quebra do sigilo de justiça. Trata-se de sigilo envolvendo interceptações telefônicas, não se referindo aos demais segredos de justiça.

Este crime é funcional, só pode ser realizado por funcionário público (crime próprio), mas os particulares podem ser co-autores ou partícipes do crime quando o pratica em conjunto com o funcionário público.

A infração se consuma quando revelado o conteúdo da interceptação ou com a consciente concordância que terceiro tome ciência do seu conteúdo, logo, é doloso – admitindo dolo eventual. Ainda, admite co-autoria e participação, e sua tentativa é plenamente possível.

Todos esses crimes são sancionados com pena de reclusão – de dois a quatro anos – e multa.

²⁵ Art. 593 - Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

²⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art.5º, LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

²⁷ Art. 10 - Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

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

4.1 QUESTÕES NÃO ELENCADAS NA LEI DAS INTERCEPTAÇÕES, MAS DISCUTIDAS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA

4.1.1 Encontro fortuito de outros fatos ou envolvidos

Esta é a questão mais divergente que envolve a Lei das Interceptações. O encontro fortuito é a descoberta de fato ou pessoa não delimitados pelo juiz em sua autorização para feitura da interceptação.

Ao ser feita a interceptação, ao menos dois interlocutores terão seus direitos atingidos. Isso é inevitável devido à impossibilidade de separar o que é dito por ambos os interlocutores. E esta é uma das suas funções, demonstrar a existência de conexões entre pessoas e seu envolvimento em crimes.

A autorização de interceptação se relaciona não apenas ao interlocutor que justificou sua feitura, mas a qualquer pessoa que tenha relação com o crime investigado.

Se assim não fosse não seria útil tão agressiva medida. Pode ela inclusive provar a inocência de quem a justificou e envolver outros que inicialmente não seriam atingidos por ela.

Logo, não há limitações subjetivas nas interceptações telefônicas desde que relacionadas com o fato que a justificou estando os interlocutores não envolvidos protegidos pelo seu sigilo.

Ponto com bastantes divergências é a hipótese de surgirem crimes diferentes do crime fundamentador da interceptação: se eles podem ou não ser atingidos pela interceptação. Essa questão é bastante controvertida não só no Brasil como em diversos países²⁸.

De acordo com Vicente Greco Filho (2006, p. 36) é possível o uso das gravações desde que o crime também seja ensejador de interceptações e se relacione (concurso de crimes, continência ou conexão) com o crime fundamentador

²⁸ Em Portugal a maioria dos autores admite o encontro fortuito desde que relacionados ao rol de crimes por eles taxativamente elencados. Na Espanha uns defendem posição mais permissiva, outros são mais restritivos, esperando regulamentação parlamentar sobre o tema.

da interceptação. O que não pode é o uso da gravação para prova em fatos que não se relacionam com o crime que originou a medida.

Segundo o autor seria uma limitação excessiva não permitir a abrangência das gravações a atividades criminosas, relacionadas com a que lhe deu origem, tendo qualquer investigação de crime um grau de incerteza e de abrangência incompatíveis com uma delimitação absoluta.

Luiz Vicente Cernicchiaro (1993, p. 03) se opondo a este argumento afirma ser a interceptação limitada ao que foi autorizado judicialmente sendo ilícito seu uso em outros procedimentos ou inquéritos, devendo ser estes novos procedimentos submetidos a novas autorizações. Sua tese é seguida por Sérgio Pitombo (1996, p. 07/8) e por Damásio de Jesus (1996, p. 60).

O Supremo Tribunal Federal²⁹ vem admitindo os encontros fortuitos utilizando-se da regra da conexão ou continência, inclusive tratando-se de crimes punidos com detenção, o que é visto com maus olhos pela doutrina por se tratar de contrariedade ao art. 2º, III, da Lei nº 9.296/96.

4.1.2 Do aproveitamento da prova em outros processos

No processo penal, para o uso das gravações como prova é necessário que a interceptação seja autorizada pelo juiz competente. Se não houver esta autorização será considerada prova ilícita e uma condenação baseada nela poderá caracterizar um constrangimento ilegal.

Porém, se a prova foi retirada de outro processo, em que houve autorização judicial para sua feitura, a prova poderá ser usada desde que fique assegurada a ampla defesa e o contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 27.145 – SP, de 25 de agosto de 2003, decidiu que: "se o laudo de degravação telefônica juntado aos autos do processo por determinação judicial constitui-se prova

²⁹ STF. **Habeas Corpus n. 83515/RS**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8605970/habeas-corpus-hc-116374-df-2008-0211423-6-stj>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

emprestada de outro processo, não haveria porque constar dos autos a autorização judicial".

Já no âmbito do processo civil o uso do conteúdo das interceptações como prova sofre um grande conflito de opiniões baseados na Constituição Federal.

Paulo Rangel (2000, p. 218/19) trata o seu uso no processo civil como uma violação à Carta Magna vedando-o em fins que não sejam a instrução criminal e a instrução processual penal.

Ada Pelegrini, Antonio Scarance e Antônio Magalhães (1997, p. 194) advogam pela possibilidade de seu uso, já que a intimidade, bem que se pretendeu defender, já fora violada, não havendo mais nada há ser preservado. No entanto, deve-se evitar, assim como no âmbito penal, a publicidade do seu conteúdo aos que não estão envolvidos nele.

Quanto à execução civil de sentença penal condenatória, não há impedimentos na sua reparação quando fundamentada na prova, pois, nesse caso, a prova não será discutida ou examinada.

Contrariando todas as normas nacionais, mas interpretando a Constituição de acordo com seus princípios, o Supremo Tribunal Federal permitiu o empréstimo da prova no processo civil.

Em decisão majoritária, o Pretório Excelso permitiu³⁰ seu uso em todos os tipos de processo inclusive em procedimentos administrativos disciplinares contra as pessoas em relação aos quais foram colhidas, desde que assegurados amplos direitos de defesa ao processado.

4.1.3 As interceptações e as excludentes de ilicitude

Apesar de se afastar da norma, a legítima defesa, o estado de necessidade e também a força maior constituem excludentes de ilicitude, fazendo frente à necessidade imediata da prova e opondo meios provisórios a acontecimentos imprevisíveis.

³⁰ STF. **Questão de ordem em Inquérito nº 2424/RJ**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Inq\\$.SCLA.%20E%202424.NUME.\)%20OU%20\(Inq.ACMS.%20ADJ2%202424.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Inq$.SCLA.%20E%202424.NUME.)%20OU%20(Inq.ACMS.%20ADJ2%202424.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 26 jan. 2010.

Nesta esteira os doutrinadores, em função do princípio da proporcionalidade, têm reconhecido unanimemente a possibilidade de qualquer pessoa interceptar ou gravar comunicações de terceiros para provar sua inocência (prova ilícita pro reo).

Segundo Ada Pelegrini, Antonio Scarance e Antônio Magalhães (1997, p. 120) “quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade”.

Confirmando esta tese Roberto Prado de Vasconcelos (2001, p.465) afirma:

[...] já se chegou a sugerir que o problema da admissibilidade da prova aparentemente ilícita colhida pelo próprio acusado fosse resolvido através da legítima defesa, posto que a mesma funciona como excludente de ilicitude. A idéia parece razoável, porém uma ressalva deve ser feita: a excludente, a princípio, aplicável ao caso seria o estado de necessidade, e não a legítima defesa, já que nesta última ocorre o choque entre interesses lícitos de um lado e ilícitos do outro, a agressão é injusta. No estado de necessidade, ocorre justamente a colisão de interesses juridicamente protegidos.

Este é mais um caso onde os direitos fundamentais se relativizam, sopesando interesses jurídicos constitucionais e aplicando os que geram conseqüências menos onerosas ao indivíduo e principalmente à coletividade.

4.1.4 Sujeito passivo das interceptações telefônicas

Em algumas situações várias pessoas podem compartilhar um único meio de comunicação e nenhuma delas ser o seu proprietário ou ter direito ao seu uso.

Em vista disso, a doutrina diverge quando o assunto é quem seria o sujeito passivo da interceptação: o interlocutor, o proprietário ou o detentor do poder de uso do bem.

Essa é mais uma questão divergente, e que ainda não foi decidida por nossos tribunais superiores. A doutrina ainda diverge no assunto. Alguns, a exemplo de Vicente Greco Filho (2006, p. 29), defendem a tese que o interlocutor, e não o titular formal ou legal do direito de uso, é o sujeito passivo da interceptação. Outros

(PANTALEÃO. 2006, p. 127) defendem que o sujeito passivo é o titular do direito de uso.

A teoria mais aceita defende a possibilidade de interceptação em face de alguém que se utiliza da linha mesmo não sendo seu titular. Essa tese é fundamentadora de pedidos de interceptação em linhas públicas, abertas ao público ("orelhões") ou de entidades públicas.

Outra questão a ser discutida é saber quem é o sujeito passivo dos crimes ambientais, punidos com reclusão, praticados por pessoas jurídicas, e portanto, sujeitos à interceptação. A partir da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) foi possível ampliar a responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Para um ato se caracterizar um tipo penal ambiental e ser responsabilizada a pessoa jurídica é necessário ter sido ele decidido por seu representante legal ou contratual, ou por seu órgão colegiado, e que seja ele cometido no interesse da empresa ou em seu benefício.

Daí depreende-se que as interceptações serão efetuadas em face de seu representante legal ou contratual, ou em face de membros do seu órgão colegiado, e não de seus funcionários ou sócios.

Ainda, com relação ao sujeito passivo das interceptações, não serão autorizadas interceptações quando forem atingidos outros tipos de sigilos além do sigilo das comunicações, a exemplo, o profissional, como ocorre entre o advogado e o suspeito.

Porém, se houver indícios razoáveis da participação do defensor em atividade criminosa, não haverá impedimento à efetuação da interceptação, já que ele não está atuando como um profissional, mas como um criminoso.

4.1.5 Deliberação de senhas às autoridades policiais e delegação à polícia militar da atividade investigatória mediante cadastramento de senhas

É competência do Judiciário, especificamente, do magistrado, autorizar a realização da interceptação, devendo observar todos os seus requisitos para ser válida

Para a delegação de poderes são necessários os seguintes requisitos: norma legal ou constitucional autorizativa; competência explícita do delegante, ou seja, que esteja ele investido na competência a qual transfere; dois órgãos ou agentes indicados na lei ou Constituição Federal; forma expressa e escrita do ato; que a matéria possa ser delegada; necessidade da transferência das atribuições, de acordo com as finalidades encampadas no ordenamento jurídico e a publicação do ato.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autorização do juiz para que as companhias telefônicas credenciem senhas para as autoridades policiais terem acesso imediato aos dados e diálogos de uma linha telefônica é delegação de poderes inerentes do Judiciário, padecendo a autorização de legitimidade e legalidade.

Não existe justificativa plausível, nem constitucional, e nem legal, para o juiz declinar sua função, delegando poderes às autoridades policiais. Ao autorizar a deliberação de senhas às autoridades policiais, está o juiz usando inconstitucionalmente sua competência e sua função.

O magistrado é quem deve verificar o caso real, analisando a necessidade da interceptação, de maneira motivada e fundamentada, estabelecendo todos os limites nos quais ela deve ser aplicada.

A autoridade policial ao realizar interceptações baseadas nessa delegação está cumprindo ordens manifestamente inconstitucionais e ilegais, agindo culposamente, se tiver ciência de sua ilegalidade, podendo ser responsabilizada administrativamente e por danos causados aos interlocutores.

Cabe ainda aqui afirmar que as interceptações são tarefa de polícia judiciária. Mesmo se fosse possível delegar senhas às autoridades policiais, estas seriam delegadas à Polícia Civil, a qual incumbe a função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, com exceção das de caráter militar.

4.1.6 As interceptações e o sigilo dos dados telefônicos

Os dados cadastrais, o detalhamento de contas e, até, nos casos de telefonia móvel, o posicionamento do aparelho são matérias que, apesar de possuírem

entendimentos controvertidos pela doutrina, encontram convergências em sua aplicação.

A aplicação da Lei nº 9.296/96 é questionada em face dos dados telefônicos. Defendem alguns que o sigilo dos dados não é acobertado pela Lei das Interceptações por não se caracterizarem “comunicações”. Porém, alguns, mesmo defendendo esta tese, reconhecem a abrangência da lei e a natureza deste sigilo, que não é absoluta.

Outros, como Vicente Greco Filho (2006, p.10) e Carlos Mário Velloso (1999, p. 46), defendem sua aplicação, em relação aos dados existentes nas concessionárias de serviços públicos, mesmo não se tratando de “interceptação” propriamente dita.

O sigilo dos dados telefônicos, assim como o das comunicações, só pode ser determinado por autorização judicial. Desta forma, deliberações de senhas que lhe dão acesso são ilícitas, desvirtuando a prova, tornando-a inútil ao processo.

4.1.7 Competência para autorizar a interceptação

A Constituição Federal e a legislação específica apontam como requisito essencial das interceptações a autorização do juiz competente para conhecer a ação principal.

O juiz competente para autorizá-la é dotado de jurisdição penal (comum, militar, eleitoral ou federal). Juízes de outras naturezas (civil, trabalhista, tributária, etc.) não podem autorizá-la, sua incompetência é absoluta, salvo se forem plantonistas, tendo sua competência plena.

No entanto, em grandes comarcas, têm sido criados os DIPOs (Departamentos de Inquéritos Policiais) que recebem os inquéritos, os distribuem, e ainda cuidam de medidas cautelares anteriores a propositura da ação penal. Aos juízes dos DIPOs compete o processamento dos inquéritos policiais e seus incidentes, não tendo eles competência para conhecer da ação principal.

Divergências há se esses juízes podem ou não autorizar interceptações.

Nossos tribunais têm admitido a sua competência defendendo a autonomia das Leis de Organização Judiciárias em determinar as competências de seus Juízos no seu âmbito interno.

Outra questão interessante a respeito da competência nas interceptações telefônicas é se as Comissões Parlamentares de Inquérito tem ou não poderes para autorizá-la.

A doutrina e a jurisprudência são divergentes apesar de uma tese tomar destaque.

Apesar do §3º do art. 58 da Carta Magna afirmar terem as Comissões Parlamentares de Inquérito os mesmos poderes investigativos de autoridades judiciais, elas tem sua finalidade apenas em apurar fatos determinados, não lhes cumprindo a apuração de crimes. Se descobertos indícios de crimes, a Comissão dará ciência ao Parquet para que sejam tomadas as devidas providências.

As Comissões Parlamentares de Inquéritos não possuem natureza jurisdicional constituindo competência exclusiva do Poder Judiciário (cláusula de reserva jurisdicional) o julgamento dos pedidos de interceptação das comunicações.

Os poderes das CPIs se limitam àqueles que, mesmo em investigação criminal, não podem ser agredidos salvo decisão judicial devidamente fundamentada.

A autorização dada por CPI autorizando interceptações em comunicações configura abuso de poder ou desvio inconstitucional na sua competência investigatória, e deve ser reprimida pelo Poder Judiciário.

Essa posição, predominante, é a adotada pelo Tribunal Federal Regional do Rio de Janeiro, que afirma:

[...] A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar, a interceptação telefônica, e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado. [...] ³¹

³¹ STF. **Mandado de Segurança nº 23452**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 7 mai. 2010.

4.1.8 As interceptações telefônicas e os danos dela provenientes

As interceptações telefônicas, mesmo sendo utilizadas com aparo da Constituição, podem causar danos quando usadas inadequadamente, sem cautelas. Todo dano, seja ele patrimonial ou moral, causado pelo mau uso deste meio deve ser ressarcido.

No caso das interceptações telefônicas, onde predomina os danos morais, é grande a lista dos possíveis responsáveis pelos danos ocorridos.

Como a medida é autorizada pelo Magistrado, utilizada pelas autoridades policiais e pode, também, ser aplicada pelas prestadoras de serviços telefônicos, o rol de possíveis responsáveis é grande.

Seu uso desconforme ao direito brasileiro pode desencadear uma sequência de ressarcidores solidários, sendo o Estado o principal deles.

Na reparação de danos ao consumidor, foi dado a este o benefício da responsabilidade objetiva contra prestadores de serviços, em defesa de seus direitos, nas ações judiciais.

No entanto, não pode a teoria do risco do negócio ser fundamentadora de um privilégio absoluto. Deve o órgão julgador analisar cada caso em concreto e adequá-los a lei.

A interceptação telefônica não está diretamente relacionada à atividade ou aos negócios da concessionária de telefonia e também não se caracteriza um vício no serviço prestado, requisitos essenciais fundamentadores da responsabilidade objetiva das concessionárias.

A legislação³² as obriga a disponibilizar os meios necessários à sua efetuação e, uma vez que ela foi efetuada dentro dos limites autorizados é destituída qualquer fundamentação de responsabilidade objetiva ao consumidor por parte das concessionárias.

Obedecendo a esses critérios as concessionárias de serviços telefônicos só poderão ser responsabilizadas subjetivamente pelos danos causados, ou seja, só responderão quando tiver provada a sua culpa.

³² Regulamento de Serviços de Telecomunicações da Anatel em seu art.26, parágrafo único.

Se assim não fosse, por questões de celeridade no recebimento dos danos sofridos, o Estado seria beneficiado quando responsabilizado - pelos prejuízos que ele causou aos cidadãos - apenas em um momento posterior, em ação regressiva por parte da empresa de telecomunicações.

Todavia, as concessionárias devem ser responsabilizadas objetivamente quando seus empregados, no desempenho de suas funções, quebram sigilos dos dados e/ou das comunicações telefônicas ilegalmente ou quando cumprem ordens manifestamente ilegais, podendo ter direito de regresso.

Quanto à responsabilização do Estado pelas interceptações, a Constituição Federal determina que as pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos "responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"³³.

Respeitando opiniões divergentes, a jurisdição e seus atos preparatórios são um serviço público³⁴, que visa proteger juridicamente os cidadãos, sendo passíveis de responsabilização de acordo com a Constituição.

Ainda, quanto aos danos derivados da interceptação, esta corre sob segredo de justiça e a divulgação do seu conteúdo pode configurar danos passíveis de ressarcimento aos interlocutores do diálogo.

Sua divulgação pode responsabilizar o Estado e seus agentes (direta ou regressivamente) assim como todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que propagam seu conteúdo, como a imprensa.

Esses danos independem de culpa do investigado, ou de sua ausência. Mesmo com o trânsito em julgado condenando o investigado, o prejuízo causado aos interceptados expostos a execração pública é absolutamente inconstitucional e ilegal.

³³ CF/88, art.37, § 6º

³⁴ Definição: a) obrigação de prestar atribuída ao Estado, sendo um dever e não um direito; b) são atividades juridicamente distintas que se apresentam completamente delineadas pela Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As interceptações telefônicas, positivadas infraconstitucionalmente na Lei nº 9.296/96 e constitucionalmente no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, foram um grande avanço na repressão ao crime.

Com o advento da Lei das Interceptações foi preenchido o vácuo legislativo que tornava ilícita qualquer interceptação feita depois da Constituição Federal de 1988. Referida lei propiciou a autorização dos órgãos judiciários para realização de tal agressão a esfera íntima do indivíduo.

As interceptações quando legalmente e proporcionalmente autorizadas são usadas como prova lícita no processo penal e como alguns tribunais vêm decidindo, também no processo civil e até no administrativo.

Na Lei das Interceptações Telefônicas estão regulamentadas, apesar de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, as gravações feitas por um terceiro, com o conhecimento (interceptação telefônica strictu sensu) ou não (escuta telefônica) de um dos interlocutores.

A gravação feita por um dos interlocutores não está regulamentada na respectiva lei, no entanto apesar de nela não estar regulamentada é aceita sua feitura quando o é para defesa pessoal ou quando apesar de ser gravada seu conteúdo não é divulgado. A divulgação do conteúdo poderá ser sancionada pelo art. 153 do Código Penal, caso não tenha sido efetuada com uma justa causa.

Para ser aceita a interceptação, devem ser obedecidos os seguintes requisitos: I – haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e; III – o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

O critério dos crimes justificadores das interceptações telefônicas é, no Brasil, diferente da corrente mundial. No Brasil, interpretando as leis da forma literal em que foram elaboradas, as interceptações só podem ser efetuadas quando o crime for apenado com pena de reclusão, usa-se o critério da gravidade do crime.

Na grande maioria dos outros países, apesar de um rol taxativo de crimes, as interceptações envolvem todos os crimes graves e, ainda, aqueles que a têm como único meio de prova eficaz para efetuar a justiça.

A interceptação telefônica somente é usada no processo quando autorizada judicialmente. Não havendo autorização, a prova será ilícita e seu uso configurará constrangimento ilegal se for a principal fundamentadora da condenação, podendo gerar inclusive indenizações por danos patrimoniais e morais.

Em meio aos diversos direitos e princípios garantidores da intimidade, nossos juízes e tribunais vêm aplicando com mais frequência o princípio da proporcionalidade, relativizando os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, indo de acordo com as novas tendências normativas e hermenêuticas mundiais.

Essa corrente tem aplicado princípios (da verdade real, do devido processo legal, da moralidade, dentre outros) que tenham maior amplitude social em sua aplicação, defendendo a relativização dos direitos fundamentais quando estes estão em confronto, sopesando-os e aplicando aquele que traga mais benefícios a coletividade, sem descartar o de menos importância, apenas relativizando-o.

A lei nº 9.296/96, apesar de suas lacunas e imprecisões conceituais, é indispensável à efetuação da justiça no Brasil, preenchendo um vácuo legal danoso a nossa convivência e bem estar social. Todavia, cabe à jurisprudência e a doutrina dar a ela as melhores interpretações e aplicações em face de seus conflitos.

É certo ao aplicador do direito que os direitos e garantias fundamentais devem ser assegurados a todos cidadãos. É certo também que esses direitos não são absolutos, não instituindo direitos intangíveis.

A legislação, em especial a brasileira, não consegue e nunca vai conseguir seguir as inovações que a cada dia surgem na sociedade. Pela impossibilidade de atualização imediata e até mesmo em caso de morosidade na feitura de leis repressoras de crimes, deve o julgador se amparar em princípios formadores do direito, nos quais as leis se amparam, não sendo antagônicas a eles.

A amplitude das leis, que é necessária, torna impossível ter todos os fatos amparados pela legislação e é nesta amplitude que está o livre convencimento *racional* dos órgãos julgadores.

No duelo de princípios deve-se dar prioridade aqueles que beneficiam a coletividade. É nesse aspecto que adentra o princípio da proporcionalidade. A racionalidade do julgador deve permitir que ele compare as diversas agressões a direitos e até reprima as duas, mas que dessa repressão resulte um bem maior a coletividade do que ao delinqüente.

O Brasil é vítima de um Poder Legislativo moroso, vítima de interesses pessoais, que prejudicam toda uma universalidade de cidadãos para beneficiar um ínfima quantidade de "privilegiados". É nesse contexto que as taxas de criminalidade vêm aumentando a cada dia.

As leis, penais, favorecem o aumento da criminalidade e da sensação de impunidade. Em complementação à interpretação dessas leis estariam os princípios formadores delas como a verdade real, livre convencimento racional, relatividade dos direitos, dentre outros, todos estes limitados pelo princípio da proporcionalidade.

Em nosso ordenamento jurídico, assim como em outros países, estaria o princípio da proporcionalidade não apenas ampliando a aplicação das leis para punir os criminosos, mas também restringindo o seu uso quando fosse mais benéfico a população, inclusive podendo beneficiar o criminoso.

O homem passou a viver em grupo porque desta forma era mais fácil sobreviver, e essa sobrevivência resultou em regras que deviam ser obedecidas visando um bem comum.

Bem comum este que se materializou em ordenamentos que devem equilibrar dentre outros: a luta contra o crime e os valores sociais de um processo mantenedor da dignidade de cada ser humano.

É nesse aspecto que está a função primordial do juiz. A lei não deve ser interpretada de forma autômata, por isso sua atividade nunca será efetuada por máquinas. É essencial a sua sensibilidade, principalmente na seara penal, para julgar as diferentes situações e equilibrá-las usando o poder do Estado para alcançar o bem comum.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 59**, de 09 de setembro de 2008. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://ouro01.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4872&Itemid=177>. Acesso em: 23 mar. 2010.

BRASIL. **Constituição** (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. **Constituição** (1969). Constituição da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. **Decreto nº 70**, de 26 mar. de 1991. Promulga a Convenção Internacional de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0070.htm>. Acesso em: 18 mar. 2010.

BRASIL. **Lei nº 4.117**, de 16 jul. de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 08 nov. 2009.

BRASIL. **Lei nº 9.296**, de 01 de agosto de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em 28 out. 2009.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fev. de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá

outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 3982/RJ**. Disponível em:
<http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=5>. Acesso em: 5 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus 7.216/SP**. Disponível em:
<www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-123.doc>. Acesso em: 24 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus 7.216/SP**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5529&p=2>>. Acesso em: 5 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69912 segundo/RS**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC-segundo.SCLA.+E+69912.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.814-5/SP**. Disponível em:
<www.juspodivm.com.br/.../%7B40FFCC39-6D3B-4873-BABF-109E50308DFC%7D_7.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73351-4/SP**. Disponível em:
<<http://www.conteudo.com.br/professoragiseleite/as-implicacoes-juridicas-da-interceptacao-telefonica>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 75.338-RJ**. Disponível em:
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16713/16277>>. Acesso em: 5 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83515/RS**. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8605970/habeas-corpus-hc-116374-df-2008-0211423-6-stj>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23452**. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 7 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem em Inquérito 2424/RJ.**

Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Inq\\$.SCLA.%20E%202424.NUME.\)%20OU%20\(Inq.ACMS.%20ADJ2%202424.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Inq$.SCLA.%20E%202424.NUME.)%20OU%20(Inq.ACMS.%20ADJ2%202424.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 26 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais 709/418.**

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal 185.901-3 -**

Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=5>. Acesso em: 17 fev. 2010.

CARDOSO, Rafael Berra Cardoso. **O princípio da proporcionalidade na**

Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/pdfsgerados/artigos/5222.pdf>. Acesso em: 26 dez.2009.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **O processo penal em face da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas.** Curitiba: Juruá, 2009

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96: interceptação telefônica. **Boletim IBCCrim.** São Paulo, nº 47, out.1996.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal.** 5. ed. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação telefônica.** 2. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Tiago Abud da. **Interceptação telefônica: A devassa em nome da lei.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Os resultados da interceptação telefônica como prova penal. **Revista de Processo**, ano 11, n.44, out.- dez. 1986.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. Interceptação telefônica. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em Face do Crime Organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. XX. Out./Dez., 1997

JESUS, Damásio de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à lei 9.296, de 24.07.1996. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Eveline. **Interceptação telefônica face às provas ilícitas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.as?id=3274>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. Ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 7. ed. rev. e atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009.

PANTALEÃO, Leonardo. **Interceptações telefônicas e a tutela da cidadania à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo das comunicações: aspecto processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 49, dez. 1996.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei nº 9.296/96 – Interceptação telefônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Paulo Ivan. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110&p=>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

SILVA, Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania e violência**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas Ilícitas – Enfoque constitucional. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2001, v. 791, p. 456-486.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As Comissões Parlamentares de Inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.