

ADA PELLEGRINI GRINOVER
ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
ANTONIO SCARANCA FERNANDES

AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

11.^a edição
revista, atualizada e ampliada

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

SEÇÃO VI – INTERCEPTAÇÕES E GRAVAÇÕES

SUMÁRIO: 1. Meios eletrônicos de captação da prova – 2. Interceptações telefônicas autorizadas. Natureza jurídica – 3. Interceptações telefônicas: documentação e valor probante – 4. As interceptações telefônicas no Brasil, os antecedentes – 5. As interceptações telefônicas no regime brasileiro atual – 6. O regime legal das interceptações telefônicas: a Lei 9.296, de 24.07.1996 – 7. Interceptações entre presentes (ou interceptações ambientais) – 8. As gravações clandestinas – Bibliografia.

1. Meios eletrônicos de captação da prova

A inadmissibilidade e ineficácia processuais das provas obtidas por meios ilícitos (v., *supra*, seção II), de um lado, e a necessidade, do outro, de não privar o Estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade organizada, ocasionaram, no mundo todo, legislações que disciplinam rigorosamente a utilização de meios eletrônicos de captação da prova. Trata-se das interceptações, telefônicas ou entre presentes, e das gravações clandestinas de conversas.

Evidentemente, tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas: serão lícitas quando obedecerem às prescrições constitucionais e legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos. Neste último caso, como visto, seu resultado será processualmente inadmissível e ineficaz.

Entende-se por *interceptação* a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, tem-se a *interceptação telefônica*; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a *interceptação entre presentes*, também chamada de *interceptação ambiental*.

Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em *gravação clandestina*.

Vê-se daí que existem várias modalidades de captação eletrônica da prova: a) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a *interceptação* da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a *interceptação* da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a *gravação clandestina* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a *gravação clandestina* da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).

O que importa salientar, dado o diverso tratamento jurídico conferido às *interceptações* (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros. Não desfigura a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo. Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores daquela feita com a anuência de um deles, pode-se reservar a denominação de *interceptação "stricto sensu"* à primeira, enquanto para a segunda se pode falar em *escuta*.

Também perante o ordenamento brasileiro a interceptação telefônica tem como pressuposto o fato de ser executada por um terceiro: o art. 151, § 1.º, II e III, do Código Penal tipifica a violação de comunicação telefônica como sendo a relativa à conversação "entre outras pessoas".

Os demais casos, que ocorrem quando um dos interlocutores grava subrepticamente sua própria conversa, telefônica ou entre presentes, não configuram interceptações, mas *gravações clandestinas*.

2. Interceptações telefônicas autorizadas. Natureza jurídica

Quando legalmente disciplinadas e rigorosamente efetuadas dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, as interceptações telefônicas são lícitas e admissíveis no processo é seu resultado. A doutrina enquadra-as na *coação processual in re* e as considera meio de *apreensão imprópria*, no sentido de por elas se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversa telefônica. O resultado da interceptação — que é uma operação técnica — é *fonte de prova*. Meio de prova será o documento (a gravação e sua transcrição) a ser introduzido no processo (v., *retro*, cap. IX, seção I, n. 1).

A execução das interceptações exige, na maioria dos ordenamentos, ordem judiciária. O provimento que autoriza a interceptação tem natureza *cautelar*, visando a assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), devendo ainda ser a ordem motivada.

É com essas características que as legislações estrangeiras admitem, em maior ou menor extensão, as interceptações telefônicas ordenadas pelo juiz ou, mais raramente, pelo MP. Lembrem-se as regulamentações legislativas dos Estados Unidos da América, da Alemanha, Itália, Suíça, Dinamarca, Canadá, Países Baixos, Suécia, Portugal, Uruguai, Japão, Israel e Grécia, bem como as recomendações da ONU e as decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

3. Interceptações telefônicas: documentação e valor probante

O resultado da interceptação deve revestir-se de forma documental. Normalmente, vem ela acompanhada de gravação da conversa telefônica, com a finalidade de se dispor de uma reprodução sonora, que permita a escuta. Tal gravação, de per si, já constitui documento, mas isto não exime os órgãos encarregados da operação técnica de certificar todas as etapas desenvolvidas: aliás, a doutrina tem se manifestado no sentido da lavratura de termo, mesmo quando a interceptação não tenha tido êxito.

Também constitui documento a *degravação* (transcrição) da conversa, para reduzi-la à forma escrita. Todos esses documentos constituem meio de prova.

Quanto ao valor probante do resultado da interceptação, a questão insere-se no momento probatório da valoração pelo juiz, nada tendo a ver com a admissibilidade da prova. Vale lembrar, em todo caso, que o problema envolve a autenticidade das reproduções mecânicas e não é diverso do que se coloca em relação a outras fontes de prova do mesmo gênero. Na espécie, se a pessoa a quem a conversa é atribuída não a reconhecer como sua, será indispensável a perícia, com a comparação do espectograma da voz – técnica de comparação das vozes, cuja exatidão já está se afirmando – para a análise das vozes e sua comparação. A possibilidade de manipulação da fita gravada também será examinada pelo perito.

Ver, no sistema brasileiro, sobre a questão em geral, o art. 383 do CPC, prescrevendo: "Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade". Acrescenta o parágrafo único: "Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial". O Projeto de Lei 663/75 – Projeto de Código de Processo Penal, aprovado pela Câmara dos Deputados – reproduzia a regra no art. 383.

4. As interceptações telefônicas no Brasil: os antecedentes

Antes da Constituição de 1988, o sistema brasileiro prescrevia, em nível constitucional, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, de maneira aparentemente absoluta (art. 153, § 9.º, da Emenda Constitucional 1, de 1969), salvo na hipótese de estado de sítio e de estado ou medidas de emergência (arts. 156, § 2.º, 158, § 1.º, e 155).

Dividia-se, então, a doutrina quanto à admissibilidade de interceptações telefônicas, efetuadas nos termos do art. 57, II, e, do Código de Telecomunicações (Lei 4.117/62), que estabelecia não constituir violação de telecomunicação "o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste".

O art. 56, § 2.º, da referida lei determinava que a operação técnica da interceptação somente pode ser efetuada pelos serviços fiscais das estações e postos oficiais.

Segundo alguns, o dispositivo seria inconstitucional (assim como também seriam inconstitucionais todos os dispositivos legais que excepcionam a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações: CPP, arts. 232, 233, parágrafo único, 234 e, sobretudo, 240, § 1.º, f, que prevê a exibição e apreensão de cartas, abertas ou não, em determinadas circunstâncias). De acordo com outra tendência, porém, o dispositivo constitucional não poderia configurar regra absoluta, uma vez que nenhum direito ou garantia pode ser assim entendido, dentro dos princípios de interpretação harmônica do sistema constitucional e da convivência das liberdades.

Claro que, mesmo segundo esse entendimento, as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria: excepcionalidade da autorização judicial, em face da ocorrência de crimes particularmente graves; observância dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*; motivação da ordem judicial etc.

Em rumoroso caso judicial, ocorrido em São Paulo, foi discutida pelo Tribunal de Justiça a conduta de juiz que, a pedido da autoridade policial, havia autorizado interceptação telefônica, com fundamento no Código de Telecomunicações. Após parecer de Damásio de Jesus, favorável à ordem judiciária, a representação foi arquivada, considerando-se lícita a ordem de interceptação (Repres. 006.336/87, TJSP). Ademais, em decisão do STF, que determinou o desentranhamento, dos autos, do resultado de interceptação telefônica, por ilícitamente realizada, o Min. Aldir Passarinho fez alusão aos mencionados dispositivos do Código de Telecomunicações como possivelmente adequados para legitimar as escutas em casos de crimes particularmente graves, como os de extorsão mediante sequestro (RTJ 122/47).

Sobreveio então a Constituição de 1988 que, no inc. XII do art. 5.º, prescreve: "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".

5. As interceptações telefônicas no regime brasileiro atual

Cabe examinar, à luz da Constituição de 1988, as hipóteses em que as interceptações telefônicas podem ser admitidas, transformando-se em lícitas e, como tais, escapando à proibição do inc. LVI do art. 5.º (v., *supra*, seção II).

Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo em que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações

telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade do sigilo se torna absoluta.

Segundo parte da doutrina, entretanto, a Constituição estaria cuidando somente de duas situações de sigilo – de um lado, a da correspondência, do outro, a das “comunicações telegráficas, de dados e telefônicas” – de modo que a possibilidade de quebra, “no último caso”, abrangeria todo o segundo grupo. Para rechaçar essa posição, basta observar que a reiteração da palavra “comunicações”, antes de “telefônicas”, indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere: se a ressalva abrangesse todo o segundo grupo, teria sido suficiente dizer “comunicações telegráficas, de dados e telefônicas”.

No entanto, é possível que o STF venha a adotar uma terceira posição, segundo a qual a exceção constitucional ao sigilo abrangeria não apenas as comunicações telefônicas, mas também as de dados: não tanto porque o Supremo tem admitido por diversas vezes a quebra de dados bancários e dados de contas telefônicas (mas aqui se poderia argumentar com o fato de não haver “comunicação de dados”), mas porque na questão de ordem da Petição 577, aos 25.03.1992, ficou expressamente assentado que o art. 5.º, XII, da Constituição somente cogita de dois casos de sigilo, divididos, cada um, em duas situações: a) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; b) sigilo de dados e comunicações telefônicas. Nesta última, afirmou o Min. Marco Aurélio, a inviolabilidade é relativa, sendo que sua quebra, prevista pelo art. 38 da Lei 4.595/64, foi recepcionada pela Constituição superveniente. A ser mantido esse entendimento, tudo que se referisse a “dados” (e não somente à sua comunicação) estaria abrangido pelo inc. XII do art. 5.º da CF, e a possibilidade de quebra do sigilo estaria prevista não só para as comunicações telefônicas, mas também quanto à comunicação de dados e a dados *tout court*.

Seja como for, deve-se reconhecer que a posição da Constituição, ainda que interpretada de maneira mais elástica, não é a melhor, pois sempre levaria à consequência de não legitimar, no mínimo, a apreensão de correspondência (retirando eficácia de dispositivos como o art. 240, § 1.º, f, do CPP) ou, na exegese que se anuncia no Supremo, das comunicações telegráficas.

Mais um problema: quanto às comunicações telefônicas (e, eventualmente, aos dados), a exceção constitucional abre-se apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal. O juiz cível, portanto, não poderá autorizar a escuta telefônica.

Aqui também não se pode apoiar a opção da Constituição, limitando a possibilidade de interceptações lícitas ao processo penal. Também no processo não-penal pode haver relações controvertidas de direito material que envolvam valores relevantes.

*isso pode ser a exceção
e não pode ser a exceção
de a
pode ser a exceção
de a
de a
de a
de a*

Finalmente, a norma constitucional fixa os lindes a serem obrigatoriamente observados para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas: a) a ordem judicial; e b) a existência de lei que estabeleça as hipóteses e forma das interceptações.

Tardou a promulgação da lei disciplinadora da matéria. O Projeto Miro Teixeira (Projeto de Lei 3.514/89 da Câmara dos Deputados), após aprovação da Câmara, foi arquivado no Senado, nos termos regimentais, por não ter sido apreciado no decorrer da legislatura. E somente com a edição da Lei 9.296, de 24.07.1996, foi preenchido o vazio legislativo.

Enquanto a aludida lei não foi promulgada, somente existiam para disciplinar a matéria os dispositivos do Código de Telecomunicações. Todavia, essa lei não cuidava das hipóteses a que alude o inc. XII do art. 5.º da Constituição, limitando-se, quanto à forma, a prescrever que a operação técnica deve ser efetuada pelos serviços fiscais das estações e postos oficiais (art. 56, § 2.º, da Lei 4.117/62).

Assim, não se podia dizer que o Código de Telecomunicações suprisse a exigência constitucional. Enquanto não promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações e escutas telefônicas, não havia base legal para autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas seriam ilícitas, subsumindo-se à espécie do inc. LVI do art. 5.º da Constituição (v., *supra*, seção II).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul mantinha o firme entendimento de que enquanto não houvesse lei que disciplinasse a matéria as interceptações não poderiam ser autorizadas pelo juiz, reduzindo-se à categoria de provas ilícitas e devendo seu resultado ser destruído: 2.ª Câmara Criminal, MS 689.078.467, j. 08.02.1990, v.u.; 3.ª Câmara Criminal, MS 690.070.289, j. 29.11.1990, por maioria; 2.ª Câmara Criminal, MS 689.079.465, j. 08.02.1990, por maioria. Este último acórdão, contra o voto do relator, distinguiu a interceptação telefônica da gravação de telefonema próprio, por um dos interlocutores, e não estendeu a esta modalidade a garantia constitucional do inc. XII do art. 5.º da CF. Com efeito, como visto (*supra*, n. 1), a hipótese é de gravação clandestina e não de interceptação (v., *infra*, n. 7). Mais recentemente, o mesmo TJRS reiterou o entendimento de que as interceptações, enquanto não houvesse lei regulamentadora, não podiam ser autorizadas pelo juiz, reduzindo-se à categoria de provas ilícitas (MS 690.070.289, j. 29.11.1990, 3.ª Câmara). Neste caso, ficou vencido o relator, Des. Nério Letti, que admitia o resultado da interceptação telefônica autorizada pelo juiz, mesmo na ausência de lei regulamentadora, por tratar-se de caso grave, de tráfico de drogas, o que autorizaria a presunção de que a lei a ser editada certamente se pautaria pelas balizas adotadas em outros países e observadas pelo juiz.

O STF havia, de certa forma, antecipado sua posição, por decisão do Min. relator Ilmar Galvão, que negara ao Procurador-Geral da República autorização para interceptação telefônica, em virtude da ausência de lei regulamentadora do dispositivo constitucional (*Folha de S. Paulo*, 18.11.1992, p. 1-5). E, em outro julgamento, por estreita maioria, entendeu o Supremo não satisfazer o Código de Telecomunicações a reserva da lei reclamada pelo dispositivo constitucional,

não podendo o juiz, na ausência da lei regulamentadora da matéria, autorizar interceptações telefônicas. Acompanharam o voto do relator, Min. Sepúlveda Perence, os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Carlos Velloso e Néri da Silveira; os Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Moreira Alves votaram pela possibilidade da autorização judiciária. E o Min. Paulo Brossard, embora entendendo necessária a lei, afirmou não ter dúvidas de que a autorização legislativa incluiria os crimes a que alude o art. 5.º, XLIII, da CF. (tráfico ilícito de entorpecentes), pelo que o juízo de probabilidade próprio das providências cautelares autorizaria a ordem judiciária, no caso (HC 69.912-0-RS, DJU 26.11.1993) anulada e depois substituída pela de 16.12.1993 (RF 332/229 e 381).

Em vista disso, mais importante e urgente tornava-se a promulgação da lei. Até esta, a permissão constitucional ficou praticamente letra morta, só podendo ser aplicada se se adotasse o princípio da proporcionalidade (v. *supra*, n. 8 e II da seção II).

No julgamento do MS 690.070.289 do TJRS, supramencionado, o voto vencido do rel. Nério Letti admitia o resultado da interceptação telefônica autorizada pelo juiz, mesmo na ausência de lei regulamentadora, por tratar-se de caso grave, de tráfico de entorpecentes, o que autorizaria a presunção de que a lei, que viesse a ser editada, se pautaria pelas balizas adotadas em outros países e que foram observadas pelo juiz. Invocou o voto vencido o princípio básico de seguridade social de combate ao tráfico, entendendo regular e conforme aos direitos do cidadão a conduta do juiz.

O STF também superou o óbice da ausência de lei regulamentadora por intermédio da proporcionalidade: HC 3.982 (95.053.161-5)-RJ, 6.ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, v.u., 05.12.1995. Mas o STF, por maioria, não aderiu ao princípio.

6. O regime legal das interceptações telefônicas: a Lei 9.296, de 24.07.1996

Vê-se daí a importância do tratamento legislativo da matéria, dado pela Lei 9.296, de 24.07.1996, que disciplina o inc. XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal. Mas é forçoso reconhecer que a lei apresenta inúmeros defeitos, ora pelas dúvidas que suscita, ora em face de regras que não se coadunam com normas e princípios constitucionais, exigindo do intérprete uma construção capaz de harmonizá-la com a Lei Maior.

É sobre essas questões de índole constitucional, que exigem – sob pena de nulidade absoluta – uma interpretação que harmonize a lei com as normas hierarquicamente superiores, que se passam a fazer as considerações seguintes.

a) A abrangência da Lei 9.296/96

Aplica-se a lei, a teor de seu art. 1.º, à “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”. Por mais amplitude que se pretenda atribuir ao

conceito, permanece ele limitado à escuta e eventual gravação de conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores (com ou sem conhecimento de um deles: v., *retro*, n. 1). Ficam excluídas do regime legislativo as gravações clandestinas de telefonemas próprios, assim como as gravações entre presentes (*infra*, n. 7).

O parágrafo único do art. 1.º, ao permitir a interceptação de "fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática", suscita questão de natureza constitucional.

A *informática* tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados. A *telemática* versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação: é o caso da transmissão de dados informatizados via modem ou fac-símile.

Em sentido técnico, só pela telemática pode haver a comunicação do fluxo de dados via telefone, donde já se vê a impropriedade da referência da lei à *informática*. Mas, mesmo com relação à *telemática*, deve-se dizer que o texto constitucional só parece permitir a interceptação de "comunicação telefônica" *stricto sensu* (ou seja, da voz); e não da "comunicação via telefone" (compreendendo a telemática). E como as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente, poderia afirmar-se que a previsão de interceptação do fluxo de comunicações, tanto pela informática como pela telemática, é inconstitucional.

Neste sentido, Vicente Greco Filho e Sérgio Pitombo.

Claro é que diverso será o entendimento se se adotar a tese de que a exceção constitucional ao sigilo se estende às comunicações telegráficas e de dados, ou, segundo os primeiros pronunciamentos do STF, aos dados (*tout court*): v., *supra*, n. 5.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o permissivo legal de interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, dando à exceção constitucional interpretação restrita (ADIn 1.488, rel. Min. Néri da Silveira, 07.11.1996, *Informativo* 52, do STF, de 04 a 08.11.1996). O pedido de liminar foi indeferido, por ausência do *periculum in mora*, sendo depois reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente (DJU 20.03.2001).

Assim, será ilícita a prova derivada de interceptação de fluxo de dados transmitidos pela via telefônica, sujeitando-se às consequências processuais apontadas no n. 12 da seção II deste capítulo (inexistência como prova, ineficácia, nulidade da sentença que nela se fundamentar).

b) *Admissibilidade da interceptação: hipóteses legais*

Trata-se, aqui, da obrigatória reserva legal estipulada pela Constituição ("nas hipóteses (...) que a lei estabelecer": art. 5.º, inc. XII).

Ocorre que a Constituição, de maneira muito clara, estabelece ser o sigilo a regra, e sua quebra, a exceção. Mas o legislador inverteu os dados da questão, apresentando a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção.

Com efeito, o art. 2.º da Lei 9.296/96 estabelece os casos em que não será permitida a interceptação, quais sejam: I – não haver indícios razoáveis da autoria ou participação na infração penal; II – puder a prova ser feita por outros meios disponíveis; III – constituir o fato investigado infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

O defeito é grave, uma vez que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em todos os casos de crimes apenados, em abstrato, com pena de reclusão (inc. III do art. 2.º).

É evidente o excesso da lei, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação.

*pod. ser adiquada
e acessada as suas
mas por proposição
em sentido abstrato?*

O direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de crimes de extrema gravidade, acrescentando-lhes casos como os de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica. Seguro indício de que deveria ser esta a postura do legislador encontra-se no voto vencido do Min. Paulo Brossard, do STF, no sentido de admitir, antes da promulgação da lei, a ordem de interceptação telefônica, por entender inequívoco que a autorização legislativa, quando viesse, incluiria os crimes hediondos a que se refere o art. 5.º, XLIII, da CF (HC 69.912-0-RS, DJU 26.11.1993). No mesmo sentido, o voto vencido do Des. Nério Letti, do TJRS, presumindo que a futura lei se pautaria pelas balizas adotadas em outros países (MS 690.070.289).

Em Anteprojeto de Lei apresentado por Comissão constituída em 2003 pelo Ministro da Justiça, Dr. Márcio Thomaz Bastos, e integrada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Almeida Castro, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Guilherme Vieira, a possibilidade de interceptação é restringida à apuração dos seguintes crimes: I – tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; II – tráfico de seres humanos e subtração de incapazes; III – tráfico de armas, munições e explosivos; IV – tráfico de espécimes da fauna silvestre; V – lavagem de dinheiro; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – contra a ordem econômica e tributária; VIII – contra a administração

pública, desde que punidos com pena de reclusão; IX – falsificação de moeda ou a ela assimilados; X – roubo, extorsão simples, extorsão mediante sequestro e cárcere privado; XI – homicídio doloso; XII – ameaça quando cometida por telefone; XIII – decorrente de ações praticadas por organização criminosa; XIV – decorrente de ação de terrorismo.

Consideramos inconstitucional a postura do legislador brasileiro. Os sistemas modernos, incluindo o brasileiro, 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.

Entre nós, o princípio decorre de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais – como, por exemplo, o art. 60, § 4.º, IV.

É assim que o princípio da reserva legal converte-se em *princípio da reserva legal proporcional*. Decorre daí a consequência da inconstitucionalidade da previsão desarrazoada da lei, quando estende a possibilidade de interceptação a todo e qualquer crime apenado com reclusão, daí surgindo a necessária cautela com que o juiz deverá portar-se, ao autorizar a operação técnica de quebra do sigilo. Isso porque o critério da proporcionalidade não se dirige apenas ao legislador, mas também ao intérprete, pelo que o magistrado deverá negar a ordem de interceptação se o crime objeto de investigação ou processo não se configurar como sendo de especial gravidade.

Para tanto, poderá o magistrado guiar-se pelas legislações mais adiantadas, como, por exemplo, o art. 266 do Código de Processo Penal italiano, tomado, aliás, como modelo, nesse tópico, pelo já mencionado Projeto Miro Teixeira (art. 1.º). É oportuno lembrar, a esse respeito, que a Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 4.º, remete expressamente o juiz, na omissão da lei (e lei inconstitucional é lei nula e írrita), aos princípios gerais de direito, neles incluído o direito comparado.

A inobservância de tais parâmetros – de índole constitucional –, pelo juiz, maculará a prova de ilicitude, com as consequências de inexistência, ineficácia e nulidade da sentença que nela se basear.

O Judiciário poderá considerar inconstitucional a ordem de interceptação em crimes de gravidade menor, no caso concreto, pelo controle difuso. E o STF poderá, em ação direta, julgar o dispositivo inconstitucional no que tange à sua aplicabilidade com relação a qualquer crime apenado com reclusão, oferecendo à lei interpretação integrativa, nos moldes do que é usual nas Cortes Constitucionais de outros países. Já há precedentes nesse sentido na nossa Corte Suprema,

que tem utilizado o termo "interpretação conforme" (ver, por exemplo, decisão sobre a forma de atualização monetária dos precatórios, contestada em ação direta pelo governo de São Paulo, em que o STF, em dezembro de 1996, assentou que a constitucionalidade dos incs. 1, 6 e 10 do art. 337 do Regimento Interno do TJSP se submete a limites: v. *Clipping da APESP*, jan. 1997, p. 1). É evidente que, nesses casos, não deverá o Senado suspender a execução do dispositivo, segundo o art. 52, X, da CF. Sustentou essa tese, em relação a tema diverso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

c) *A natureza cautelar da ordem de interceptação*

Corretamente, a lei qualifica o provimento autorizatório da interceptação como cautelar, exigindo, para a ordem, o *fumus boni iuris* (a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: inc. I do art. 2.º) e o *periculum in mora* (insito na necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova).

Para o TRF da 2.ª Região, "a expedição de mandados de busca, bem como a autorização de escuta telefônica, são exceções às liberdades individuais e, como tal, devem ser tratadas, de modo que ao proceder essas autorizações deve o juiz ter indícios veementes de possibilidade de infração penal, sendo de maior relevância o direito da parte à sua privacidade que a mera informação policial ou do Ministério Público" (HC 99.02.15664-9-RJ, j. 21.09.1999, *DJU* 04.11.1999, RT 773/707).

A lei ainda firma o critério da estrita necessidade (não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis: inc. II do art. 2.º). E no art. 4.º repisa que o pedido de interceptação conterà a demonstração de sua necessidade para a apuração de infração penal.

É que as interceptações representam não apenas poderoso instrumento, frequentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como *ultima ratio*.

Desse modo, se o juiz autorizar a interceptação, será ilícita se presentes outros meios pelos quais a prova possa ser feita.

Mas poderão surgir dúvidas, na *praxis*, quando a interceptação tiver sido autorizada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se após que outros existiam. Parece-nos que, nesse caso, a interceptação não poderá ser considerada ilícita (*rectius*, ilegítima), por configurar a exigência do inc. II do art. 2.º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova. Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz, a quebra do sigilo pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido legal e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios.

d) *Aproveitamento da prova*

O parágrafo único do art. 2.º sugere que o resultado da interceptação só possa ser utilizado como prova de fatos objeto de investigação determinada.

Reza o dispositivo: "Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada".

Com o mesmo espírito pode ser lido o art. 4.º, que exige da autoridade requerente a demonstração da necessidade da interceptação "à apuração de infração penal".

Mas não se trata senão de ideia insinuada pela redação dos dispositivos. A falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá na prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal, poder, ou não, ser utilizada em investigação ou processo instaurado por fatos diversos. Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita.

A legislação estrangeira dá resposta expressa a tal indagação (v.g., art. 270 do CPP italiano): O Projeto Miro Teixeira, inspirado nesse ponto no sistema alemão, previa, no art. 8.º, a vedação do aproveitamento, salvo quando se tratasse de conhecimento fortuito útil à elucidação de outra infração penal também constante do rol taxativo do art. 1.º, o qual enumerava as hipóteses em que a quebra do sigilo seria admissível. No Anteprojeto apresentado pela Comissão constituída em 2003 pelo Ministério da Justiça, a solução é proposta no art. 19: "Os resultados das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do art. 1.º desta lei (...)" (v., *supra*; letra b).

A falta, na lei brasileira, de um rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação dificulta a solução do problema. Mas o juiz poderá guiar-se pelo mesmo critério indicado na alínea b *supra* (a gravidade da infração penal), para, também com base no direito comparado, adotá-lo para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diversos daquele para o qual a ordem foi dada, desde que atinente a crime de igual ou maior gravidade.

Mais uma vez, trata-se de interpretar a permissão constitucional de interceptação à luz do princípio da proporcionalidade.

Outra questão que tem sido levantada diz respeito à possibilidade de aproveitamento da prova conseguida por meio da interceptação em relação a pessoa não mencionada na autorização judicial.

*combinando
forças subjetivas e materiais*

Aqui a solução deve ser no sentido da admissão dos elementos obtidos, desde que ligados ao fato que está sendo investigado, até porque o mencionado parágrafo único do art. 2.º admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados.

Nesse sentido a orientação do STF no HC 78.098-9-SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1998, RT 773/512.

e) *Forma de interceptação*

A segunda exigência constitucional de reserva legal diz respeito à forma da interceptação (art. 5.º, XII, da CF).

Nesse ponto, algumas observações são necessárias.

O art. 5.º da Lei 9.296/96 determina que a forma de execução da diligência deve ser indicada pelo juiz na decisão que autoriza a interceptação. Por sua vez, o art. 6.º prevê que a própria autoridade policial conduza os procedimentos de interceptação, com ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização. E o art. 7.º permite à autoridade policial requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Tem-se, aqui, um verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código de Telecomunicações – considerado inadequado para suprir a exigência constitucional de lei reguladora das hipóteses e “formas” da quebra do sigilo –, que ao menos era expresso na exigência da operação técnica ser efetuada pelos serviços fiscais das estações e postos oficiais (art. 57, II, e, art. 56, § 2.º).

As operações técnicas devem ser atribuídas, de regra, aos serviços públicos de telefonia, para maior segurança, credibilidade e sigilo do procedimento de interceptação. Deve o juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art. 5.º da lei, determinando que as operações sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Público.

No Anteprojeto elaborado pela Comissão constituída em 2003 pelo Ministro da Justiça é proposto que “a execução das operações técnicas de que trata esta lei será efetuada somente pela autoridade policial, em órgão próprio, centralizado e exclusivo, sob responsabilidade direta da Chefia de Polícia e ficará sujeita à fiscalização do Ministério Público”.

Outra observação: embora a lei dê a entender que a interceptação possa não ser acompanhada de gravação (art. 6.º, § 1.º), recomenda-se ao juiz que a determine, para posterior transcrição das conversas interceptadas. Somente assim poderá haver melhor aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para oportuna valoração do juiz.

Mas, na hipótese de a gravação não ter acompanhado a interceptação, será admissível outra prova – como a testemunhal – sobre a efetiva realização da conversa e seu conteúdo?

Trata-se, aqui, de questão ligada ao valor probante da prova, indubitavelmente menor em relação à gravação, mas que não pode conduzir à exclusão da prova, à qual o juiz atribuirá o valor que merecer.

Inclui-se na forma da interceptação o prazo de duração das operações técnicas: quinze dias prorrogáveis por igual prazo, desde que comprovada sua indispensabilidade (art. 5.º da Lei 9.296/96).

A lei não diz expressamente se, após a primeira prorrogação, outra será possível, mas aqui também o juiz deverá guiar-se pelo bom senso e pelo direito comparado, sendo possíveis tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação.

Também nesse ponto era expresso o Projeto Miro Teixeira, art. 5.º.

Em decisão de 9 de setembro de 2008, a 6.ª Turma do STJ concedeu *habeas corpus* para considerar ilícita a prova resultante de interceptações que duraram mais de dois anos. Assentou-se expressamente: “se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei 9.296/96, art. 5.º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (CF, art. 136, § 2.º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/97, evidente violação do princípio da razoabilidade” (HC 76.686-PR, rel. Min. Nilson Naves).

Finalmente, a lei cuida do auto circunstanciado relativo ao cumprimento da diligência, contendo o resumo das operações (§ 2.º do art. 6.º), acompanhado, se for o caso, da transcrição da gravação (§ 1.º do mesmo dispositivo).

Despiciendo observar que a inobservância das formalidades acima previstas tornará viciado o resultado da interceptação telefônica, que será ilegítima, por contraste com as normas processuais estabelecidas em lei.

f) Os incidentes de apensamento e de inutilização

É a seguinte a sistemática da lei: recebido o auto circunstanciado relativo ao cumprimento da diligência, contendo o resumo das operações, acompanhado, se for o caso, da transcrição da gravação, o juiz determinará sua autuação em autos apartados, em apenso aos do inquérito ou do processo, ciente o Ministério Público (art. 6.º, § 3.º, c/c art. 8.º). A seguir, a teor do art. 9.º, abrir-se-á o incidente de inutilização. Ambos os incidentes têm natureza de procedimento cautelar, tanto quanto a ordem de interceptação.

Colhem-se, aqui, diversas falhas da lei, algumas de índole constitucional.

Em primeiro lugar, o Ministério Público, a quem as diligências se destinam, por incumbir-lhe a formulação da acusação e sua condução ao longo do processo, não deveria ser simplesmente cientificado da ocorrência e do resultado da interceptação já consumada, cabendo-lhe, em função de suas tarefas institucionais, papel mais ativo, seja no tocante ao pedido de interceptação formulado pela polícia – sobre o qual deveria manifestar-se previamente –, seja no que tange a seu acompanhamento. Mais um ponto em que o juiz deverá recorrer aos princípios constitucionais para superar as deficiências da lei.

Em segundo lugar, o art. 8.º da lei, que regula a autuação e apensamento dos autos da diligência aos do inquérito ou processo, com observância do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, nada diz sobre a garantia do contraditório.

Apesar disso, é evidente que o incidente relativo à introdução do resultado da interceptação, em autos apartados, deverá ser necessariamente conduzido em contraditório, em observância ao disposto no art. 5.º, LV, da CF: contraditório diferido, em face da natureza cautelar (assecuratória da prova) do procedimento de interceptação, necessariamente realizado *inaudita altera parte*, mas que deverá instaurar-se tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações ou do processo.

No incidente de apensamento, a defesa poderá levantar a questão da licitude ou ilicitude da prova e, neste caso, pedir seu desapensamento. Poderá discutir a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, a própria identificação da voz. Nele poderá surgir a necessidade de perícias, a serem acompanhadas pelas partes, em contraditório pleno, tudo de acordo com o disposto no art. 383, parágrafo único, CPC, segundo o qual a reprodução mecânica (como a fotográfica, fonográfica ou de outra espécie, a teor do *caput* do dispositivo), quando impugnada em sua autenticidade, impõe ao juiz a realização do exame pericial.

Por isso, não se pode aceitar o critério fixado pela lei sobre o momento do apensamento – com a conseqüente inauguração do incidente –, regulado no parágrafo único do art. 8.º, como devendo ocorrer imediatamente antes do relatório da autoridade policial ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407 e 502 do CPP. Quanto ao inquérito, a previsão legislativa impede qualquer manifestação produtiva do indiciado, que não deve ser aliado do conhecimento de prova que pode ser de importância vital para seus interesses. Sobre o apensamento nos momentos dos arts. 407 e 502, a previsão, se antes não podia ser aceita porque prejudicava o direito das partes, agora não tem mais qualquer aplicação, pois esses dispositivos, após a reforma operada nos procedimentos em 2008, cuidam de outros assuntos e não encontram mais correspondência em novos preceitos.

Sobre a contrariedade no inquérito policial, a posição é defendida por quem a constrói a partir da garantia constitucional dos "litigantes, em processo (...) administrativo", distinta da dos acusados (art. 5.º, LV, da CF), com o que se pode afirmar a exigência de observância de contraditório em qualquer processo administrativo, mesmo não punitivo, em que haja conflito de interesses (como ocorre com o suspeito, após o indiciamento).

Para o processo judicial, mais evidente ainda é a falha da lei, que protela a oportunidade do contraditório para o momento das diligências finais. Também essa previsão perdeu sentido com o novo procedimento sumário.

Assim, o delegado de polícia, no inquérito, e o juiz, no processo, deverão retirar as garantias do contraditório e da defesa diretamente da disposição constitucional, sob pena de ineficácia da prova por afronta à Lei Maior.

A lei ainda prevê que o incidente de inutilização dos trechos de conversa que não interessarem à prova (art. 9.º) seja posterior à sua introdução, em apenso, ao processo.

Melhor seria que a inutilização ocorresse antes do apensamento, na presença das partes, para total garantia da privacidade dos terceiros.

É evidente a inconstitucionalidade da disposição do parágrafo único do art. 9.º, que se limita a prever que o incidente de inutilização seja "assistido" pelo Ministério Público, "facultada" a presença do acusado "ou" de seu representante legal (art. 9.º parágrafo único): imprescindível, aqui, a presença das partes e, quanto à defesa, do acusado e do advogado, para garantia da *autodefesa* e da *defesa técnica*, ambas constitucionalmente asseguradas.

Os terceiros, interlocutores estranhos aos fatos a serem provados, também têm interesse na destruição das gravações de conversas impertinentes e irrelevantes para a prova. Não atendidos pelo juiz, poderão impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional que indeferir sua pretensão à preservação da intimidade.

Mais uma observação: embora a lei não o diga, as decisões proferidas nos incidentes (de apensamento e de inutilização) são apeláveis, enquadrando-se na previsão do art. 593, II, do CPP (decisões definitivas, ou com força de definitivas, assim entendidas, dentre outras, as que resolvem o mérito de questões incidentes).

g) O segredo de justiça

A lei não se preocupou com o dever de sigilo de um dos interlocutores da conversa telefônica, ou seja, com o sigilo profissional em geral, e do advogado em particular, nem com o segredo de Estado. Cuida do segredo de justiça, e de maneira bastante defeituosa.

Sobre o sigilo profissional do advogado, correlatamente ao segredo de justiça, v., *infra*, alínea i.

Que as operações técnicas de interceptação devam ser cobertas pelo segredo de justiça não se discute. É da própria natureza da captação e gravação da conversa telefônica o sigilo a respeito de sua realização. O art. 8.º, *caput*, da Lei 9.296/96, alusivo ao "sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas", só pode dizer respeito aos momentos anteriores à autuação, em apartado, acima referida. Mas, após a autuação, não pode haver sigilo para as partes, e muito menos para a defesa. Não há lugar para prova secreta no processo acusatório e todo cuidado é pouco quando se trata de interpretar as novas normas sobre sigilo cunhadas recentemente pelo legislador brasileiro.

Extremamente criticável, sob esse ângulo, o art. 3.º da Lei 9.034/95, que trata da utilização de meios operacionais para prevenção e combate ao crime organizado, chegando a atribuir a execução das diligências, pessoalmente, ao juiz, "adotado o mais rigoroso segredo de justiça". Já afirmamos a inconstitucionalidade do dispositivo, sob os aspectos da atribuição ao juiz de poderes inquisitoriais e da excessiva preocupação com o sigilo, vindo a ser ele declarado inconstitucional na ADIN 1570-2.

Após a autuação em apenso, e antes da inutilização dos trechos de conversa impertinentes e irrelevantes à apuração dos fatos, o segredo de justiça ainda é válido para preservar a intimidade de terceiros. Mas, após a degravação e a retirada da transcrição, dos trechos que não dizem respeito aos fatos a serem provados, não há nenhum sentido em manter-se o sigilo.

Por isso, não se deve pensar que o segredo, no caso, chegue a ponto de o juiz determinar que os elementos indicados no *caput* do art. 8.º da Lei 9.296/96 permaneçam envolvidos e lacrados após o incidente de inutilização.

É nesse sentido que deve ser interpretada a restrição à publicidade dos atos processuais prevista no inc. LX do art. 5.º da CF, nos expressos termos do disposto no inc. IX do art. 93 da mesma Constituição.

h) *Consequências penais da interceptação contra legem*

A lei também prevê consequências penais para a realização das interceptações sem autorização judicial, ou com objetivos não autorizados em lei (art. 10, primeira parte, c/c frase final, da Lei 9.296/96). Subsume-se ao primeiro tipo a conduta de toda e qualquer pessoa.

Cessa, assim, a discussão a respeito do enquadramento de quem não é funcionário público – como os investigadores particulares – nos crimes contra a inviolabilidade da correspondência (arts. 151 e 152 do CP, art. 227 do CPM e art. 56 do Código de Telecomunicações).

Mas a redação do dispositivo deixa dúvidas quanto à caracterização do ilícito penal em casos que não se ligam propriamente aos "objetivos autorizados em lei" (ou seja, à colheita da prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal). Tratando-se de investigação ou processo penal, mas atinente a crime punido com pena de detenção, poder-se-ia dizer que a interceptação foi autorizada "com objetivos não autorizados em lei"?

Lembre-se de que a norma penal não admite interpretação analógica *in malam partem* e que a expressão "com objetivos não autorizados em lei" é elemento do tipo penal.

Contra, entendendo incluída no tipo da primeira parte do art. 10 a autorização de interceptação em casos de crimes de detenção, Vicente Greco Filho.

i) *Principais questões em aberto*

Inúmeras são as omissões da lei, que demandará, em sua aplicação, diversas construções interpretativas.

A interceptação autorizada e realizada *contra legem* poderá ser ilícita ou ilegítima, conforme se constatar a violação a normas ou princípios constitucionais ou a meras regras de processo. Na primeira hipótese, será inadmissível no processo (art. 5.º, inc. LVI, da CF), sendo sua consequência processual a ineficácia, com a correlata impossibilidade de utilização. Na segunda hipótese, a consequência será sua irregularidade ou nulidade, absoluta ou relativa, com a aplicação dos princípios que regem os vícios dos atos processuais.

No caso de prova ilícita, a lei poderia ter determinado fosse ela desapensada do processo, mas não o fez. Caberá ao juiz assim proceder em decisão que poderá sujeitar-se à apelação, tanto quanto aquela que decide a questão da inutilização de trechos de conversa. Se o juiz valorar indevidamente a prova ilícita, o tribunal deverá simplesmente desconsiderá-la, como já tem sido feito pela jurisprudência, sem que isso represente supressão do primeiro grau de jurisdição (*retro*, n. 12 da Seção II deste capítulo).

O legislador não tomou posição sobre o princípio da proporcionalidade, mas deveria ao menos ter ressalvado alguma abertura ao aludido critério, como no que tange ao aproveitamento da prova ilícita *pro reo*.

Assim fazia expressamente o projeto Miro Teixeira, no art. 9.º

A lei também é omissa quanto à impossibilidade de interceptação de comunicações telefônicas entre o suspeito e acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objeto da investigação ou apuração em processo penal. Aqui, o sigilo entre advogado e patrocinado ou assistido deve ser considerado absoluto, inerente que é

ao próprio exercício do direito de defesa, não podendo ceder diante do permissivo legal. Mais uma oportunidade perdida para deixar clara uma evidente consequência do princípio da proporcionalidade, que o intérprete deverá apontar.

Também nesse ponto era explícito o Projeto Miro Teixeira, art. 2.º. O Anteprojeto elaborado pela Comissão constituída pelo Ministro da Justiça em 2003 também é incisivo: "As operações referidas nos artigos anteriores não serão permitidas, em qualquer hipótese, quando se tratar de comunicações entre o suspeito ou acusado e seu defensor" (art. 3.º).

Tampouco é resolvido o problema das denominadas "provas ilícitas por derivação", segundo a tese do rechaço dos "frutos da árvore venenosa", que conta hoje com a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Mas nesse ponto, a aceitar-se a teoria, será necessário atentar para as limitações que lhe são impostas no direito comparado (pela consideração de elementos como a *independent source* e a *inevitable discovery*), excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira.

Ver, *retro*, n. 11 da seção II deste capítulo.

Não se dá solução – e difícil seria que a lei o fizesse – a questões inerentes às relações interjurisdicionais, que decorrem da impossibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas no campo não-penal.

Duas são as hipóteses que se poderiam aventar, uma atinente à coisa julgada, outra à prova emprestada.

A primeira questão diz respeito à sentença penal condenatória, fundada em prova produzida nos termos da Lei 9.296/96, que se faça valer como título executivo no processo civil reparatório dos danos *ex delicto* (art. 63 do CPP c/c art. 475-N, II, CPC). Essa questão é de fácil solução, porquanto a coisa julgada tem o efeito de subtrair qualquer relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento. Desde que a sentença transite em julgado, já não importa saber em que provas se baseou o juiz.

É possível, porém, que a sentença penal condenatória, embora passada em julgado, não seja apta a embasar o processo civil executório, por voltar-se a pretensão ressarcitória contra terceiro (responsável civil) e não contra o réu condenado no processo penal. Nesse caso, será indispensável o processo civil de conhecimento, podendo as questões prévias à coisa julgada serem novamente discutidas e decididas, em contraditório, pelo responsável civil, estranho à relação jurídico-processual do processo penal e, conseqüentemente, imune à coisa julgada. E a prova produzida no

processo penal não poderá ser transportada para o processo civil, pois o responsável civil dele não foi parte, de modo que não se poderá admitir a prova emprestada.

Sobre os requisitos constitucionais de admissibilidade da prova emprestada, v., *retro*, n. 5 da seção I deste capítulo.

Mas é possível que, em processo civil, se pretenda aproveitar prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes.

Assim, por exemplo, quando no processo civil se invoque prova produzida entre as mesmas partes do processo penal (vítima e acusado, Ministério Público e acusado), resultante de interceptação telefônica. Será o caso, *v.g.*, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão civil relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos em casos de improbidade (Lei 8.429, de 02.06.1992).

Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

A favor da posição *supra* expendida, José Carlos Barbosa Moreira. Contra, Vicente Greco Filho.

Esse tema foi objeto de decisão recente do Plenário do STF, no caso "Operação Furacão", a propósito de pedido de autorização para envio ao STJ e ao Conselho Nacional de Justiça de material obtido em interceptações autorizadas, tendo em vista juízo de instauração de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados. Por maioria, o Supremo Tribunal resolveu a questão de ordem formulada no inquérito, concedendo a autorização pleiteada. Como noticiado no *Informativo* n. 464, embora salientando não ser possível encontrar, como tese de alcance absoluto, esse interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis em que haja disputa sobre bens ou interesses jurídicos privados e disponíveis, considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova

do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. Aduziu-se que outra interpretação do art. 5.º, XII, da CF, e do art. 1.º da Lei 9.296/96 equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já licitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível à gravidade do eventual ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, ao fundamento de que a extensão da quebra do sigilo ofende o art. 5.º, XII, da CF, negava a autorização apenas com relação aos elementos submetidos a sigilo (Inq. 2.424 QO-RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 25.04.2007, Informativo 464, do STF).

Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível.

É evidente que as disposições penais da Lei 9.296/96 (art. 10) só poderão aplicar-se aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor. Trata-se de *novatio legis* incriminadora, regida pelo princípio da irretroatividade. As demais disposições legais, de natureza processual, terão aplicação aos inquéritos e processos em curso, podendo a interceptação ser autorizada com relação a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei.

Mas certamente se colocará a questão de a nova lei convalidar, ou não, as interceptações autorizadas pelo juiz antes de sua vigência e que acaso se enquadrassem nos requisitos legais ora estabelecidos.

A resposta deve ser negativa: a uma, porque a prova, colhida antes da vigência da lei regulamentadora, exigida pela Constituição, é ilícita e, conseqüentemente, inexistente como prova; a duas, porque a lei, mesmo em seus aspectos processuais, é limitadora de direitos fundamentais, devendo ser aplicada restritivamente. Nessa linha de raciocínio, só cabe ao juiz, se ainda puder fazê-lo, proceder a nova ordem de interceptação, agora abrigada pela lei regulamentadora.

7. Interceptações entre presentes (ou interceptações ambientais)

As gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas *por terceiro*, com o desconhecimento de todos os interlocutores ou de um deles, embora sejam *interceptações* em sentido técnico (v. *supra*, n. 1), no Brasil não se enquadram na disciplina do art. 5.º, XII, da CF, que cuida exclusivamente da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Mas, desde que se trate de conversas confidenciais, as interceptações entre presentes infringem indubitavelmente o disposto no inc. X do mesmo artigo da Constituição, que protege a intimidade.

O STF já admitiu a utilização como prova de gravação de diálogo transcrito em local público, assentando não estar em causa a proibição constante do art. 5.º, inc. XII, da Constituição. Consignou-se no acórdão, no entanto, que além dessa gravação havia outros elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação (STF, HC 74.356-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 10.12.1996, RTJ 165/934 e RT 743/550).

Aliás, a tendência das legislações processuais modernas é de conferir-lhes o mesmo tratamento jurídico dado às interceptações telefônicas, como ocorre, por exemplo, com o Código de Processo Penal da Itália, de 1988.

O art. 266 do Código de Processo Penal italiano trata, no n. 1, das interceptações telefônicas e, no n. 2, das interceptações entre presentes, prevendo para ambas a possibilidade de autorização judicial para a captação (art. 267 *et seq.*).

Por isso, deve-se lamentar que a Lei 9.296/96 tenha perdido uma boa oportunidade para, além de regulamentar as interceptações telefônicas, ditar a disciplina própria das ambientais.

A omissão foi – apenas em parte – suprida com a previsão da Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, que, alterando a Lei 9.034/95, admite, nos “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (art. 1.º da Lei 9.034/95), a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial” (art. 2.º, IV, da Lei 9.034/95).

Diante disso, e salvo essa hipótese expressamente prevista pelo ordenamento, entendemos que no Brasil a interceptação ambiental será ilícita em outros casos, por vulnerar o art. 5.º, X, da CF, pelo menos enquanto não houver lei que, razoavelmente, discipline a matéria.

De qualquer modo, deverão ser sempre resguardadas as declarações do suspeito ou acusado, sub-repticiamente gravadas, em face da prevalência da garantia constitucional do direito ao silêncio (v. *supra*, cap. VI, n. 5, 6 e 7).

O STF considerou inadmissível como prova incriminadora gravação de “conversa informal” do indiciado com policiais, sublinhando que a falta de advertência sobre o direito ao silêncio faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado (STF, HC 80.949-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, RTJ 180/1.001).

No Anteprojeto elaborado pela Comissão constituída pelo Ministro da Justiça em 2003 é expressamente estabelecido, a propósito: “As gravações clandestinas de conversas entre presentes, bem como a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, análise e utilização, sujeitam-se às mesmas regras previstas nesta lei, no que forem cabíveis” (art. 2.º do Anteprojeto).

8. As gravações clandestinas

Não se enquadra, igualmente, na garantia do art. 5.º, XII, da CF a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes. Aqui, como visto, não se pode falar em interceptações (v., *supra*, n. 1), nem está em jogo o sigilo das comunicações.

A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja a violação de segredo.

No Brasil, o art. 5.º, X, da CF protege expressamente o direito à intimidade; e o art. 153 do CP tipifica como crime a divulgação de segredo, caracterizando-a como a divulgação, sem justa causa, de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

Neste caso, a divulgação da conversa confidencial, como prova penal incriminadora, será ilícita, sujeitando-se às regras que regem a matéria (v., *supra*, Seção II). Mas a *justa causa* pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa.

A doutrina internacional não considera ilícita a divulgação de gravação clandestina de conversa própria quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando a situação à de quem age em legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.

No Brasil, divide-se a doutrina quanto à licitude da captação clandestina de conversas próprias, telefônicas ou entre presentes, sendo, contudo, evidente a tendência de conferir-lhes tratamento diverso do destinado às interceptações telefônicas.

A jurisprudência anterior à Lei 9.296/96 já distinguia a interceptação telefônica da gravação de conversa própria com terceiro, tendendo a admiti-la no processo civil: TJSP, RT 573/110, e TASP, AI 209.028-2, 2.ª Câm., j. 20.05.1987, Bol. AASP 05.08.1987. Depois da promulgação da Constituição de 1988, o TJRS, no MS 689.079.465, 2.ª Câm. Crim., j. 08.02.1990, denegou a ordem, considerando admissível a prova desfavorável ao suspeito, autorizada pelo juiz, por não se tratar de interceptação telefônica, que ficaria impedida com vistas à inexistência de lei regulamentadora, mas sim de gravação de conversa telefônica pelo próprio interlocutor; mas o voto vencido do Des. Luiz A. B. de Souza Leal considerou que a garantia constitucional estabelece o sigilo em benefício de todos os que participam da conversa. Por sua vez, a 4.ª Câmara Criminal do TJSP (RTJSP 122/466) admitiu como prova a gravação sub-reptícia de conversa

do réu, pela vítima, e por esta utilizada contra aquele. No mesmo sentido, TJSP, AI 171.084-1/0, rel. Euclides de Oliveira, j. 24.03.1992, *Bol. AASP* 1.743/157, e STF, HC 69.204-4-SP, j. 26.05.1992, rel. Min. Célio Borja. Mas a 4.ª Câmara do TJSP também se manifestou pela ilicitude da gravação de conversa própria entre presentes por ferir o direito à intimidade (RT 649/185).

Para o processo civil, ainda se encontra o entendimento sobre a licitude de gravação clandestina de conversa própria (TJSP, 8.ª C., JTJ – antiga RJTJSP – 143/199, j. 03.02.1993); mas há decisões pela ilicitude (TJSP, 4.ª C., RT 649/185, j. 23.11.1989, e TJSP, 5.ª C., RJTJSP 129/301, j. 30.08.1990).

O Plenário do STF considerou lícita a prova resultante de gravação de telefonema feita por um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último, sublinhando: “É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista” (STF, HC 75.338-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11.03.1998, RT/167/206). No mesmo sentido, AI (AgRg) 232.123, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.02.1999, RT/168/1.022.

Também nesse ponto deve-se lamentar que a Lei 9.296/96 não tenha disciplinado o assunto.

O Projeto Miro Teixeira, numa norma de ençerramento, descaracterizava expressamente a ilicitude da divulgação do resultado da gravação clandestina de conversa (telefônica ou não) própria, quando a prova servisse para a tutela de direito ameaçado ou violado de quem houvesse gravado a conversa (art. 12). No mesmo sentido, o art. 4.º do Anteprojeto da Comissão constituída em 2003 pelo Ministro da Justiça: “Não se sujeita a esta lei a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para exercício regular de um direito”.

A falta de normas expressas, só resta ao juiz brasileiro guiar-se pela descaracterização da ilicitude da prova, cumprindo-lhe interpretar a excludente de antijuridicidade da “justa causa” do art. 153, *caput*, do CP, que excepciona, no caso, ao comando do art. 5.º, inc. X, da CF.

Quando a norma constitucional não delimita expressamente as exceções ao princípio por ela instituído – como, por exemplo, na exceção (ou nas exceções: *retro*, n. 5) ao sigilo da correspondência e das comunicações: art. 5.º, XII –, entende-se que a lei pode fazê-lo, desde que contida nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade: não há liberdades absolutas nos modernos sistemas constitucionais, em face do princípio da necessária harmonização dos direitos e garantias.

Bibliografia

- AGUIAR. *Comentários ao CPC*, p. 237.
- BARBOSA MOREIRA. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*.
- BARROS. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 89-90.
- CAPRIOLI. *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, p. 143 *et seq.*
- DUVAL. *A dimensão jurídica da fita magnética*, p. 385-392.
- FERNANDES DE OLIVEIRA. *A prova colhida em fita magnética*, p. 25 *et seq.*
- GRECO FILHO. *Interceptação telefônica*, p. 11-45.
- GREVI. *Un caso di registrazione tra presenti*, p. 494 *et seq.*
- GRINOVER. *Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal*, p. 60-82.
- _____. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 196-274.
- _____. *Projeto de lei sobre escutas telefônicas*, p. 430-435.
- _____. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*.
- MAGALHÃES GOMES FILHO. *A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96*, p. 14.
- MAGALHÃES GOMES FILHO & SCARANCA FERNANDES. *Os resultados da interceptação telefônica como prova penal*, p. 88 *et seq.*
- PEREIRA. *Modificações no processo penal operadas pela nova Constituição*, p. 7-8.
- PITOMBO. *Sigilo nas comunicações: Aspecto processual penal*, p. 7-8.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*, p. 506-507.
- PROJETO MIRO TEIXEIRA. In: Ada Pellegrini Grinover (Coord.), *Novas tendências do direito processual*, p. 430-435.
- SÁ JR. *A prova fonográfica*, p. 309.
- SCAPARONE. *Agenti segreti di polizia*, p. 154 *et seq.*
- _____. *Intercettazione di conversazioni tra presenti*, p. 804 *et seq.*
- SCARANCA. *A lei de interceptação telefônica*, p. 48-70.
- TOVO & BATISTA. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição*, p. 17-18.