

JOEL CORRÊA DE LIMA
RUBENS R. R. CASARA
Coordenadores

TEMAS PARA
UMA PERSPECTIVA CRÍTICA
DO DIREITO:

Homenagem ao
Professor Geraldo Prado

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2010

cos rígidos dos computadores ou de qualquer outro suporte em que fique registrada tal correspondência eletrônica, segundo a disciplina legal dos arts. 240 e segs. do CPP.

Nem se objete que as pessoas poderão apagar ou, para usar um neologismo *deletar* as mensagens recebidas, bem como que os provedores, após um período de tempo relativamente curto, apagam tais mensagens. Ora, uma carta também pode ser apagada ou destruída, logo após ser lida por quem a recebe, e nem por isso se admite que um juiz autorize a interceptação do processo de comunicação epistolar.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que seria mais cômodo, ou mesmo mais efetivo, do ponto de vista da persecução penal, que se interceptasse o próprio processo de comunicação dos e-mails. Todavia, a restrição a um direito fundamental não deve ser balizada por comodismo ou mesmo por uma busca da máxima eficiência da persecução penal³³. Há outros valores em jogo igualmente relevantes e, portanto, a tão falada "busca da verdade material" não é um objetivo a ser buscado a qualquer custo.

Ressalte-se, porém, uma vez mais, que o avanço da tecnologia poderá exigir que o posicionamento ora defendido venha a ser alterado. Caso haja uma forma de comunicação eletrônica escrita, que ocorra de maneira instantânea, – como ocorre com programas de computador como *MSN Messenger*, *Skype* entre outros –³⁴, em que o conteúdo da comunicação não permaneça arquivado nos computadores, e sua apreensão seja impossível, passará a ser admissível a interceptação do processo comunicativo. Isso porque, o único meio de produzir a prova será a interceptação da correspondência eletrônica, pelo que a restrição do direito fundamental à liberdade das comunicações telefônicas será adequada e necessária, mesmo que isso implique intromissão no processo comunicante. Neste caso, o regime legal de regência deverá ser o da comunicação de dados não armazenáveis, que admite a interceptação da comunicação dos fluxos de telemática, como visto anteriormente³⁵.

Por outro lado, tais conclusões somente valem para as formas de comunicações eletrônicas reservadas, isto é, que tenham destinatários determinados, pouco importando que seja um e-mail enviado para um, alguns, ou muitos destinatários³⁶. Em qualquer dessas situações, have-

33 Embora se referindo às interceptações telefônicas, mas em lição igualmente aplicável aos e-mails, MANOEL DA COSTA ANDRADE (*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 291) lembra posicionamento de Rudolph, no sentido de que: "em princípio, as instâncias de perseguição penal só devem recorrer às escutas telefônicas depois de terem esgotados todas as outras possibilidades de investigação. A mera circunstância de estas implicarem custos especialmente mais elevados ou um dispêndio maior de trabalho não pode justificar a ordem de uma escuta telefônica".

34 A mesma observação vale para as mensagens eletrônicas de textos enviadas por aparelho de telefone celular – mas que não são formas de comunicação telefônica – pelo sistema SMS. Em tese, trata-se de comunicação escrita, sujeita ao regime das comunicações epistolares. Todavia, neste caso, como o conteúdo da mensagem não fica armazenado em nenhum suporte material, deve-se admitir a interceptação do processo de comunicação.

35 Ressalte-se que a Resolução nº. 59/2008, de 10 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 10, inc. I, refere-se aos "números de telefones ou do nome de usuário, o e-mail ou outro identificador, no caso de interceptação de dados". A referida resolução "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".

36 Analisando a questão sob o enfoque das correspondências epistolares, PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. t. IV, p. 438) considerava estar sob o abrigo do art. 141, § 6º, da CR de 1946, que assegurava a inviolabilidade do sigilo de correspondência, tanto a "liberdade de não emitir pensamento ... exceto para reduzido número (e.g., segredo da correspondência circular, dos avisos reservados a empregados, ou a amigos, habitantes de prédio ou povoação)", quanto a

rá um processo de comunicação reservado, não aberto a terceiras pessoas, diversas daquelas que foram escolhidas pelo emitente da mensagem³⁷.

Já as correspondências abertas a qualquer interessado, o que é comum em grupos de notícias³⁸ ou em *chats*³⁹, cujas conversas não se restringem a interlocutores determinados, ficam fora da garantia constitucional da inviolabilidade das correspondências. Aliás, neste caso, a obtenção da prova é fácil, podendo qualquer pessoa registrar o conteúdo da conversa.

Âmbito de aplicação da Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296/96 disciplina a interceptação telefônica em sentido estrito, isto é, em que um terceiro capta os sinais de comunicação telefônica alheia, sem a ciência dos seus interlocutores. O art. 1º, *caput*, refere-se à "interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza"⁴⁰.

A interceptação telefônica, por certo, não abrange as *gravações telefônicas clandestinas*, feitas por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, nem as *gravações ambientais*, sejam feitas por terceiro, sejam por um dos interlocutores, sem a ciência do outro.

Já o parágrafo único do art. 1º dispõe que a referida lei "aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de *informática e telemática*". Informática tem por objeto o tratamento das informações por meio do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento de dados. Já a telemática diz respeito à manipulação e utilização da informação por meio do uso combinado do computador e meios de telecomunicações⁴¹. Percebe-se, portanto, que, em princípio, a referência à informática é inapropriada, visto que não tem por objeto a

liberdade de não emitir o pensamento, exceto para um (e.g., cartas particulares)". O mesmo raciocínio vale, com a adaptação da modernidade dos tempos, para o e-mail para um reduzido número de pessoas ou para uma única pessoa.

37 Como explica FERRAZ JÚNIOR (Sigilo de dados ..., cit., p. 447) "o direito à inviolabilidade da comunicação, o qual tem por conteúdo a faculdade de manter sigilo e por objeto a liberdade de negação. A faculdade referida significa, para o sujeito, que ele pode restringir os endereçados do seu ato comunicativo e, em decorrência, para os demais (os outros) vigora um veto à entrada nessa comunicação, sem consentimento do sujeito – emissor e receptor – da mensagem". Justamente por isso, tal liberdade não se coloca nos casos de comunicações em canal aberto que, como define LOPES (Los datos ..., cit., p. 112), são "las comunicaciones cuya configuración técnica y operatividad están orientadas a la emisión de información a un colectivo indeterminado de personas".

38 Nesse sentido, na doutrina estrangeira: LÓPEZ, Los datos ..., cit., p. 113 O autor, destaca, ainda que "los grupos de noticias non son otra cosa que correos electrónicos 'abiertos'" (Los datos ..., cit., p. 35, nota 26).

39 Como anota ROBERTO SENISE LISBOA (A inviolabilidade da correspondência na internet, in DE LUCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet – Aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000, p. 479): "constitui violação da intimidade a invasão da sala de 'bate-papo' (chat) ou de conferência em grupo de conversação reservada, pois se torna claro que a presença ou a obtenção do teor do diálogo, por pessoas estranhas ao evento, não é querida pelos seus respectivos participantes". Por outro lado, "as conversações entabuladas que possibilitam a entrada de qualquer estranho para participar do chat, não devem ser consideradas confidenciais, mas públicas, até que os envolvidos deliberem tornar a discussão reservada". No mesmo sentido, LÓPEZ, Los datos ..., cit., p. 113.

40 Há divergência se a Lei nº 9.296/96 se aplica à escuta telefônica, isto é, à captação por um terceiro, de conversa alheia, com a ciência de um dos interlocutores. Pela incidência às escutas telefônicas: GRINOVER, O regime..., cit., p. 115; GRINOVER GOMES FILHO SCARANCE FERNANDES, As nulidades..., cit., p. 171; Jesus, Interceptação de comunicações..., cit., p. 460; STRECK, As interceptações telefônicas..., cit., p. 41. Em sentido contrário, restringindo a aplicação da lei somente no caso de interceptações telefônicas: SCARANCE FERNANDES, Processo penal., cit., p. 104; GRECO FILHO, Interceptação telefônica, cit., p. 7; AVOLIO, Provas ilícitas..., cit., p. 163.

41 Nesse sentido: GRINOVER GOMES FILHO SCARANCE FERNANDES, As nulidades ..., cit., p. 171.

comunicação de dados à distância, mas entre computadores ligados entre si, por cabos que os conectam. Já a telemática, esta sim, por dizer respeito à comunicação de dados por sistemas de computadores não interligados por cabos, mas sistemas telefônicos ou de satélites, tem pertinência com a lei em análise⁴².

Obviamente, quem considera que a ressalva constitucional “no último caso”, do inciso XII do art. 5º da CR, abrange apenas a comunicação telefônica, terá que concluir pelo caráter absoluto da inviolabilidade da comunicação de dados informáticos e, conseqüentemente, considerar inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 9.296/1996, ao permitir a “interceptação do fluxo de comunicação em sistema de informática e telemática”⁴³.

A interceptação telefônica preventiva

A sociedade de risco em que vivemos modernamente fornece uma explicação para a desorientação normativa que deixa todos perplexos. A tese formulada por HASSEMER é a seguinte: “a população das sociedades ocidentais encontra-se perante grandes riscos, como sejam, graves abusos, destruição do ambiente ao nível internacional, riscos monetários, colapso econômico, criminalidade organizada, corrupção, terrorismo. Os grandes riscos caracterizam-se por não serem domináveis, por serem devastadores quando se realizam, por serem vagos, opacos, enfim, por não serem tangíveis, pois são mais uma sombra que um objecto. Considera a teoria que nesta situação aumentam o medo do risco da população e as suas necessidades de controlo. Perante a ameaça do risco, a população carece de orientação, de tranquilidade normativa, por isso reage em pânico, sente-se encostada à parede e, em conseqüência, agudiza as suas necessidades de controlo e os seus instrumentos de repressão. Segundo esta definição, as sociedades do risco tendem para uma agravação dos meios repressivos e para uma antecipação do controlo”⁴⁴.

O reflexo dessa antecipação dos meios de controle, no campo da liberdade de comunicação é a admissão de modalidades de interceptações telefônicas preventivas, isto é, realizadas não com o propósito de investigar um delito já praticado, mas para prevenir a prática de determinados crimes.

Alguns casos mais agudos e emblemáticos podem ser lembrados.

Nos Estados Unidos da América, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001⁴⁵, foi editado o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools*

42 O CPP italiano, o art. 266-bis permite a interceptação “di flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi”. Analisando tais conceitos, CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANI (*Le intercettazioni telefoniche*, Padova: CEDAM, 2001, p. 44) explicam que o que distingue o sistema informático do sistema telemático é, apenas, o método utilizado para a transmissão de dados à distância: no primeiro caso, os computadores são coligados entre si diretamente por meio de um cabo; no segundo, utilizando ondas guiadas, cabos telefônicos, pontos de rádio e qualquer outro meio idôneo a tal escopo.

43 Nesse sentido: GRECO FILHO, *Interceptação telefônica*, cit., p. 17-18; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. *A Permissão Constitucional e a nova lei de interceptação telefônica*, *Boletim do IBCCrim*, n. 47, out. 96, p. 2; PITOMBO, Sigilo das comunicações..., cit., p. 8; AVOLIO, *Provas ilícitas*..., cit., p. 173-174; Para GRINOVER (O regime..., cit., p. 104) “o dispositivo é de duvidosa constitucionalidade”.

44 WINFRIED HASSEMER *Processo penal e direitos fundamentais*, in: PALMA, Maria Fernanda (Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

45 Registre-se que, como lembra CHRISTIAN STIEFAN SIMONS (*A prova ilícita no direito processual penal norte-americano e alemão e as influências no processo penal brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 78) muito antes mesmo do atentado às torres gêmeas, já no ano de 1978 foi editado o *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978 (FISA), cuja seção 1802, (1) autoriza o Presidente, através do Procurador Geral, a determinar o uso de meios de vigilância eletrônica sem ordem judicial, por período de até um ano, para monitorar atividades de poderes estrangeiros.

Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001, conhecido como *Patriot Act*, que, sob o fundamento de realizar investigações de organizações terroristas, permitiu em larga escala a realização de investigações preventivas por meio de Agências de Inteligência, sem a necessidade de autorização judicial.

As medidas de vigilância eletrônica encontram-se no Título II, que confere às agências federais poderes para interceptar comunicações orais, por fios ou eletrônicas relacionadas com terrorismo, bem como para realizar a apreensão de mensagens de voz sem mandado, realizar medidas de vigilância postergando o pedido de mandado. Além disso, o *Patriot Act*, mediante alterações no *Fisa*, passou a permitir ao FBI a interceptação de comunicações e vigilância eletrônica sem mandado de todo e qualquer suspeito de terrorismo⁴⁶.

Na Itália, ainda sob o regime do CPP de 1930, o art. 226, *sexies*, acrescido em 1978⁴⁷, admitia a interceptação telefônica preventiva para crimes graves. No novo regime, nem a lei delegada, nem o CPP de 1988, previam expressamente a interceptação telefônica preventiva. Todavia, o art. 226 das Normas de atuação, coordenação e transitórias, do CPP italiano⁴⁸, por meio de um sistema de reenvio, acabou por "recuperar" a possibilidade de interceptação requerida ao Alto Comissário para a Coordenação da Luta contra a delinquência mafiosa. A nova normativa introduziu um sistema autônomo para a interceptação preventiva, atribuindo poderes ao Ministro do Interior para requerer, até mesmo por delegação, ao Procurador da República, a interceptação de conversas e comunicações, quer realizadas por qualquer meio de comunicação, quer entre presentes, quando a interceptação seja necessária para a atividade de informação e prevenção de delitos de especial gravidade previstos no art. 51.3 *bis* do CPP italiano⁴⁹. Contudo, os elementos de prova obtidos por tais interceptações telefônicas preventivas contudo, por expressa disposição de lei, não tem nenhum valor probatório para fins processuais⁵⁰.

Diante deste quadro do direito comparado, caberia a indagação: É possível, diante do sistema constitucional e legal brasileiro, a realização da interceptação telefônica preventiva, isto é, antes do cometimento do delito?⁵¹ A resposta é, seguramente, negativa.

46 BALL, Howard. *The USA Patriot Act: Balancing Civil Liberties and National Security*, Denver: ABC Clio, 2004, p. 51.

47 O dispositivo foi acrescido pelo art. 9º do decreto lei n. 59, de 21.03.1978, convertido na lei n. 191, de 18.05.1978.

48 Lei n. 356, de 07.08.1992.

49 Para uma análise da interceptação telefônica e de telemática preventiva, no sistema italiano, cf.: FUMMU, *Intercettazioni ...*, cit., p. 393 e segs.; DI MARTINO; PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche...* citp. 82 e segs.

50 Mas, segundo FUMMU (*Intercettazioni*, p. 393, nota 7) a norma não exclui o seu uso com o fim de oferecimento de *notitia criminis*.

51 A questão não se confunde, por certo, com a possibilidade de se realizar uma interceptação telefônica, após o cometimento do delito, mas antes mesmo da instauração do inquérito policial. O STF admitiu a medida no curso de "investigação criminal administrativa" promovida diretamente pelo Ministério Público (EDcl. no RExt. nº 449.206/PR). Isso não significa, por outro lado, que se possa iniciar a investigação preliminar penal pela interceptação telefônica, tendo em vista que, nesse caso, dificilmente, haverá condições de demonstrar a impossibilidade de outra forma de investigação, bem como os indícios de autoria. Em sentido contrário, DAMÁSIO E. DE JESUS (*Interceptação das comunicações...*, cit., p. 466) entende que "a medida pode ser o primeiro ato da investigação, cujo resultado pode ensejar o procedimento policial ou processual. É possível que seja instaurado inquérito policial exatamente com fundamento no resultado da diligência". Neste último sentido, o STJ também admitiu a interceptação telefônica "antes mesmo da instauração do inquérito policial": HC nº 43.234/SP; HC nº 20.087/SP. No mesmo sentido: extinto TACrimSP, RT 761/626.

O art. 5º, inc. XII, da Constituição⁵², não permite tal forma de restrição à liberdade de comunicação telefônica. A ressalva, na parte final de tal dispositivo, estabelece a finalidade com que pode se admitir a interceptação: "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". As expressões "investigação criminal" e "instrução processual" foram empregadas em seu sentido usual na técnica legislativa pátria. Por "investigação criminal" deve se entender a atividade desenvolvida na primeira fase da persecução penal, normalmente por meio de inquérito policial, mas sempre após o cometimento de um delito⁵³. É, portanto, a atividade típica de polícia judiciária. Por outro lado, a "instrução criminal" refere-se a produção da prova em contraditório, na fase processual, perante um juiz de direito⁵⁴.

No quadro constitucional brasileiro, somente no Estado de Defesa poder-se-ia, em tese, admitir, uma interceptação telefônica preventiva. O art. 136, § 1º, inc. I, letra "c", da CR, ao dispor sobre o Estado de Defesa, prevê a suspensão da garantia constitucional da liberdade de comunicação telefônica. Por outro lado, o Estado de Defesa pode ser decretado para "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza". Ou seja, a medida poderá ter por escopo *preservar* a ordem que se encontra em uma situação de *ameaça iminente* de instabilidade institucional. Situação, portanto, prévia a prática de atos que, efetivamente, subvertam a ordem pública ou a paz social. Nesse caso, seria viável a previsão de hipótese de cabimento de interceptação telefônica preventiva, mas seu escopo não seria servir para a "investigação criminal" ou a "instrução processual" com vistas à apuração e punição de autores de delitos. De qualquer forma, tal medida exigiria a existência de lei prévia, que estabelecesse os seus "termos e limites" (art. 136, § 1º), o que inexistente até o presente momento.

Voltando à seara criminal, em relação a qual a Constituição não permite a interceptação telefônica preventiva, mesmo que se pudesse superar o óbice constitucional, não seria possível,

52 A Corte Constitucional italiana, na sentença nº. 34, de 1973, analisando o art. 15 da Constituição italiana, considerou que a liberdade e o segredo das comunicações podem ser limitados com a finalidade de prevenir e reprimir crimes. Ou seja, legitimou um sistema de interceptações que não sejam posteriores, mas que precedam ao cometimento de um delito. Todavia, é de se observar que, no regime constitucional italiano, não há previsão da finalidade para a qual deve ser feita a restrição à liberdade de comunicação. O art. 15 da Constituição italiana dispõe: "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge". Ressalte-se, ainda que no regime da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o art. 8.1 assegura o direito à vida privada, prevendo que "toda pessoa tem o direito ao respeito de sua vida familiar, do seu domicílio e de sua correspondência". Porém, o art. 8.2, ao prever as hipóteses de compressão de tais direitos, inclui a "prevenção de crimes". Por outro lado, a Tribunal Supremo espanhol, nas sentenças de 24.11.1997 e 23.09.1998 considerou "prohibidas las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo concreto".

53 COSTA ANDRADE (*Sobre as Proibições de Provas...*, cit., p. 290) observa que "a investigação de actos preparatórios só legitimará o recurso à escuta telefônica quando revistam a forma de factos puníveis". E complementa o raciocínio, citando o posicionamento da doutrina alemã, no sentido de que essa é uma exigência que se explica "pelo propósito de evitar que o processo penal, por definição uma instância de *perseguição de crimes* dê guarida a meras medidas preventivas" (destaques no original – op. e loc. cit.).

54 Na mesma linha parece ser a interpretação de GERMANO SILVA (*Curso...*, cit., v. 2, p. 202) que, analisando o direito português, explica: "é, porém, pelo menos necessário que um *processo esteja já em curso*, ainda que contra incertos, não podendo a diligência ser, por isso, mero instrumento de investigação extraprocessual; a pendência de um *procedimento criminal* é uma exigência constitucional (art. 34, n. 4, da CRP). De se lembrar que o referido dispositivo constitucional excepciona a liberdade de comunicação nos "casos previstos em lei em matéria de processo criminal".

nos termos da Lei nº. 9.296/96, a obtenção de uma autorização judicial para a realização da interceptação telefônica preventiva.

Primeiro, porque não haverá possibilidade de motivar a decisão judicial com relação aos indícios suficientes de cometimento de um delito, porque ainda não há delito⁵⁵. O que se pretende é, exatamente, de forma preventiva, impedir a prática de tal crime.

Em segundo lugar, o art. 1º, inc. II, caracterizando um princípio de subsidiariedade para a realização da interceptação telefônica, determina que a medida somente será cabível se "a prova não poder ser feita por outros meios disponíveis". Ora, prova de que? A resposta é dada pelo art. 4º, *caput*: o pedido de interceptação "conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à *apuração de infração penal*". No caso de uma interceptação telefônica preventiva, ainda não há infração a se apurar! Ou seja, também sob tal ângulo, mostra-se impossível a interceptação telefônica preventiva, porque não há investigação a ser realizada, mas somente sujeitos que devem ser controlados⁵⁶.

Por outro lado, é de se observar que, se admitida, tal atividade preventiva não deveria ser realizada por órgãos de polícia judiciária que, segundo o desenho constitucional, atuam após o cometimento do delito, mas a órgão da polícia preventiva ou de segurança⁵⁷.

Ressalte-se que, na Itália, onde tal atividade é permitida, há regra expressa no sentido de "que todos os elementos obtidos podem ser usados exclusivamente como elementos de investigação e são destituídos de qualquer valor para fins processuais"⁵⁸.

Conclusões

Antes de sumariar as principais conclusões do presente trabalho, é de repetir a advertência de MUÑOZ CONDE, ao tratar da valoração das gravações audiovisuais no processo penal: "a luta contra a criminalidade, contra qualquer tipo de criminalidade, não pode ser levada à cabo a todo custo ou a qualquer preço, com desrespeito ou diminuição de direitos fundamentais cuja salvaguarda e garantia constituem a essência do Estado de Direito"⁵⁹.

55 Nesse sentido, com relação à legislação italiana, DI MARTINO PROCACCANTI, *Le intercettazioni telefoniche...*, cit., p. 85.

56 Nesse sentido, na doutrina italiana, com referência ao requisito de que a interceptação seja "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini", cf. DI MARTINO PROCACCANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 84.

57 Justamente por isso, o sistema italiano, que atribui a execução de tal atividade à polícia judiciária, mereceu a certa crítica de GIULIO ILLUMINATI (Commento all'art 16 l. 13/9/1982, *Legislazione Penale*, 1983, p. 322): "è dunque logico dedurre che la norma si riferisca, sebbene in maniera oggettivamente equivoca, ad indagini di polizia giudiziaria, dirette cioè ad accertare i reati piuttosto che a prevenirli. Insomma, anche se inespresso, emerge in maniera abbastanza chiara l'intento di sottoporre le conservazioni di determinati soggetti nei cui confronti si è formulata una prognosi di pericolosità, a sorveglianza 'generale', mediante intercettazione sistematica, per raccogliere informazioni su eventuali reati di cui non si aveva precedentemente notizia". A crítica é endossada por DI MARTINO PROCACCANTI, *Le intercettazioni telefoniche...*, cit., p. 85.

58 O art. 226, *comma* 1, das Normas de Atuação, Coordenação e Transitórias do CPP italiano estabelece que "Continua a osservarsi la disposizione dell'articolo 226-*sexies* del codice abrogato per le intercettazioni telefoniche prevista dall'articolo 1 comma 8 del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni nella legge 12 ottobre 1982, n. 726. Por sua vez, a parte final do citado art. 226-*sexies* do CPP italiano de 1930 dispunha que "Gli elementi acquisiti attraverso le intercettazioni [preventiva] possono essere utilizzati esclusivamente per la prosecuzione delle indagini e sono privi di ogni valore ai fini processuali".

59 CONDE, Francisco Muñoz. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2 ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 113.

É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre a garantia dos direitos individuais e a efetividade da persecução penal. Não se pode hipertrofiar um dos fatores e anular o outro.

Assim, é possível concluir, em síntese, que:

1. O inciso XII do art. 5º da CR trata de quatro formas de comunicação: comunicação postal, comunicação telegráfica, comunicação de dados e comunicação telefônica.
2. Uma interpretação realista e historicamente contextualizada do art. 5º, inc. XII, da CR, deve admitir a interceptação das comunicações de dados, em caráter excepcional, e somente nos casos em que o conteúdo do processo comunicativo não se perenizar em qualquer suporte, permitindo, após o término do processo comunicativo, a busca e apreensão de tal suporte.
3. O *e-mail*, como forma de comunicação por correspondência, ainda que eletrônica, deve se sujeitar ao mesmo regime de correspondência epistolar do art. 5º, inc. XII, da CR, para as quais não se admite a interceptação do processo de comunicação, mas a apreensão do suporte material em que se constancia e se registra o conteúdo da comunicação.
4. No sistema constitucional brasileiro, em que a interceptação telefônica somente pode ser realizada “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, inc. XII), não é possível qualquer forma de interceptação telefônica preventiva, anterior ao cometimento do delito e com a finalidade de evitar sua prática.

Interceptação de comunicações
telefônicas e telemáticas: limites
ante o avanço da tecnologia
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró