



BIBLIOTECA  
DPC/DDPM

EDITORA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

posto, 52, 2.º andar, Centro, São Paulo, SP.  
tels.: (011) 605-6482, 607-6743, Fax: 605-4607  
p://www.mgnet.com.br/ibccrim  
ibccrim @ mgnet.com.br

POCrim para o biênio 97/98 – **Presidente:** Sérgio Salomão Sheccaria;  
**Vice-Presidente:** Carlos Vico Mañas; **1.º Secretário:** Fauzi Hassan  
**2.º Secretário:** Roberto; **Tesoureiro:** Sérgio Mazina Martins; **Tesoureiro Adjunto:**  
**Coordenador de Relações Internacionais:** Luiz Flávio Gomes.

**Coordenador:** Márcio Orlando Bártoli

Alvino Augusto de Sá, Antonio Magalhães Gomes Filho, Belisário Santos Júnior, Flávia Schilling, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Singer, Hélio Narvaez, Luiz Vicente Cernicchiano, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Messias José Lourenço, Ramulfo de Melo Freire, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Rui Soco, Tatiana Viggiani Bicudo, Tadeu A. Dix Silva e William Terra de Oliveira.

**Secretário:** Dyrcen Aguiar Dias Cintra Junior

**Diretoria adjunta:** Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos de Castro Machado, Beatriz Rizzo Castanheira, Cláudia Maria Soncini Bemassoni, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Silva Júnior, Luiz Carlos Betanho, Mário de Oliveira Filho, Maurício Zanoidé de Moraes, Roberto Wagner B. Casolato, Sylvia Helena Steyner Malheiros e Valéria Antoniazzi P. R. Castro.

**Colaboradores permanentes:** *Nacionais:* Adá Pellegrini Grinover, Ana Lúcia Sabatêl, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Pentado de Moraes, Antonio Evaristo de Moraes Filho, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Searance Fernandes, Arsovaldo de Campos Pires, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bilenecourt, Danaísio Evangelista de Jesus, Dante Busana, David Teixeira de Azevedo, Dirceu de Mello, Edmundo Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampato, Ester Kosowsky, Evarado Lins e Silva, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hermes Vilches Guerrero, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Leal, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araújo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Henrique Pierangeli, José Renato Nalini, Juniez Tavares, Julio Fabbrini Mirabele, Leonardo Isaac Yarochelevsky, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Fernando Vagstone, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado, Marco Aurélio C. M. de Oliveira, Maria Lúcia Karam, Maria Tereza de Assis Moura, Maurício Khuenra, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kirjakos, Odone Sanguiné, Oswaldo Henrique Duek Marques, Paulo Costa Manso, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Laura Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio M. Moraes Pilonbo, Sérgio de Oliveira Médiç, Vicente Greco Filho, Volney Correa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista. *Estrangeiros:* Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos Maria Romeo-Casabona, David Baigún, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gimenez-Saïinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luis Fernando Niño, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Maria Paz Arzenas Rodríguez, Milton Carroli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomes Pavón, Raul Cervini, Roberto Bergalli, Stela Maria Martins Martinez

*Representante na Espanha:* Antonio Vercher Noguera.  
*Representante na Argentina:* Juan Felix Martean.

PAC. DIR. U.S.P.

BIBLIOTECA CENTRAL

INDEXADA

# ciências criminais

EXEMPLAR DE  
CORTESIA DE  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS  
VENDA PROIBIDA



REVISTA DOS TRIBUNAIS - Janeiro-março - 1997.

17

REVISTA  
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do  
INSTITUTO BRASILEIRO DE  
CIÊNCIAS CRIMINAIS

## O REGIME BRASILEIRO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS<sup>1</sup>

ADA PELLEGRINI GRINOVER

1. Como é sabido, a Constituição brasileira de 1988 adotou francamente a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, inc. LVII), assim entendidas as colhidas com infringência a disposição de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais.<sup>2</sup> Apesar do caráter aparentemente absoluto da vedação probatória, tenho sustentado que a regra constitucional ainda dá margem a construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando-se entre elas, por sua relevância, o princípio da proporcionalidade e a teoria das provas ilícitas por derivação, conhecida como dos frutos da árvore venenosa.<sup>3</sup>

(1) Conferência proferida por ocasião da posse na Cadeira n. 5 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio de Janeiro, 26.11.1996). Foram acrescentadas as notas.

(2) V., de minha autoria: "As provas ilícitas na Constituição", in *O processo em evolução*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996, p. 45-53.

(3) Essas questões vieram analisadas, por último, na obra coletiva *As nulidades no processo penal*, de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, São Paulo : Malheiros, 5.ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 119-125.

estabelecesse, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A luz das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal foi construído sua interpretação, deixando assentados, por maioria, os seguintes pontos:

a) impossibilidade da ordem judiciária de quebra do sigilo telefônico, enquanto não houvesse lei específica disciplinando a matéria, sendo consequentemente ilícitas as interceptações assim obtidas;<sup>4</sup>

b) adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo a considerar contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados pela prova ilícita.<sup>5</sup>

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, não tem sido acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, diversamente do que ocorreu como julgamento do HC 3.982-RJ, pela 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (v. 05.12.1995), que a ela se referiu expressamente, à luz de considerações do caso concreto.<sup>6</sup>

(4) HC 69.912, decisão de 30.06.1993, anulada e depois substituída pela de 16.12.1993, Rev. For. vol. 332, p. 229 e 381 e RDA vol. 195, p. 229 e vol. 196, p. 146, reafirmando-se posteriormente a tese em Acórdãos não publicados (cf. *Tribuna do Direito* de julho de 1996, p. 10).

(5) Ação Penal 307-3-DF, j. 07.02.1994, DJU 13.10.1995, Seção I, p. 34.247 *et seq.*, sendo réus, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias.

(6) Tratava-se de interceptação de comunicação telefônica de réu que se encontrava

Era esta a posição dos tribunais de cúpula do país, quando foi promulgada a Lei 9.296, de 24.07.1996, disciplinando o inc. XII, parte final, do art. 5.º da CF.

2. A lei declaradamente regulamentou o dispositivo constitucional, de modo que é natural sua restrição à quebra do sigilo telefônico para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

A limitadíssima exceção constitucional ao sigilo, não abrangente de outras formas de correspondência e comunicações que não a telefônica e excluindo, da possibilidade de quebra, prova colhida para o processo não penal, tem sido duramente criticada pela doutrina. Por que possibilitar a interceptação de comunicações telefônicas, e não a da correspondência e de comunicações telegráficas e de dados? E qual a razão de excluir da quebra a prova necessária ao processo não-penal, dada a natureza dos direitos materiais controvertidos no denominado "processo civil", o qual, no ordenamento brasileiro, está longe de restringir-se à tutela de meros interesses patrimoniais?<sup>7</sup>

Mas aqui surge imponente questão constitucional, que ainda não vi levantada.

O certo é que a Assembleia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual."

Foi a Comissão de Redação que, exortando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras "comunicações", "no

último caso" e "penal", limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo — observadas a ordem judicial e a reserva legal — não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais.

No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5.º da CF é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.

O art. 3.º da Emenda constitucional n. 26, a qual convocou a Assembleia Nacional Constituinte, determinou que a votação das novas normas constitucionais seriam feitas em *dois turnos*, dependendo a aprovação da maioria absoluta da Assembleia. E, evidentemente, o Regimento Interno não previu — nem o poderia — que a Comissão de Redação pudesse mudar o sentido das normas aprovadas.

Resta saber-se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas inconstitucionais,<sup>8</sup> do mesmo modo

(7) V., por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, relatando a postura do Supremo Tribunal Federal sobre a questão: a tese da Súmula n. 5 tivesse acolhido a tese da convalidação, muitos juristas — dentre os quais o próprio autor — insurgiram-se contra ela, até que a Suprema Corte, a partir da decisão na Representação n. 890-GB (confirmada por outros julgamentos, como no da Representação n. 1.051/1-GO), passou a adotar a tese de que a sanção não sana o defeito de usurpação da iniciativa reservada presidencial (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo : Saraiva, 1992, v. 2, p. 110-111).

(8) V., entre todos, José Barbosa Moreira, "A Constituição e as provas ilícitamente adquiridas", trabalho preparado para próxima publicação na RDA. No mesmo sentido escrevemos em "As nulidades cit.", p. 156, cumprindo pena por formação de quadrilha armada.

parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos).

Penso até que a versão original poderia ser restabelecida a qualquer tempo por emenda do Congresso Nacional que, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma — por infringência à Emenda n. 26 —, não ficará vinculado pela imutabilidade das denominadas “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4.º, inc. IV, CF). Mas certamente ao Poder Judiciário caberia declarar a inconstitucionalidade da regra indevidamente reescrita pela Comissão de Redação, substituindo as palavras acrescidas, de acordo com as modalidades previstas no ordenamento para o controle da constitucionalidade. Nem seria essa a primeira vez que se discute a respeito da constitucionalidade de normas inseridas no próprio texto constitucional, mesmo que se trate de regras emanadas do Poder Constituinte originário.

3. Com essas considerações prévias, passo à análise do texto legal.

Não se duvida da urgente necessidade de promulgação de lei disciplinadora da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que até tardou demais, principalmente em face da firme posição do Supremo Tribunal Federal quanto à sua indispensabilidade para legitimar as ordens judiciais autorizadas. Mas é forçoso reconhecer que a Lei 9.296/96 apresenta inúmeros defeitos, não configurando o projeto de que se originou a melhor proposta entre as oferecidas ao Congresso Nacional.

O acerto dessa afirmação emerge do confronto, por mais periférico que seja, entre a lei vigente e o Projeto de Lei 3.514/89, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira,<sup>9</sup> encampando proposta elaborada

da por Grupo de Trabalho formado pelo Deputado Michel Temer — que teve a honra de integrar —, o qual chegou a ser aprovado no plenário da Câmara dos Deputados, vindo depois a perder-se nos meandros do Senado da República.

Mas, *legem habemus*: há de dar-se ao diploma legislativo a interpretação mais adequada. É o que tentarei fazer, ao menos quando a seus pontos principais.

4. A primeira observação decorre da terminologia utilizada pelo art. 1.º: a lei aplica-se 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 da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores. Somente a *terzietà*, referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação.<sup>10</sup> Não diversa é a posição do ordenamento brasileiro, porquanto o art. 151, § 1.º, incs. II e III, do CP, tipifica a violação de comunicação telefônica como sendo a relativa à conversação “entre outras pessoas”.

É irrelevante indagar a respeito da existência de conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. É possível que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que um consista com ela. Embora a doutrina prefira falar, só no primeiro caso (interceptação executada à revelia de ambos os interlocutores), em interceptação *stricto sensu*, e, no segundo caso (interceptação conhecida e consentida por um deles), em “escuta telefônica”, em ambos os casos a *terzietà* está presente, e trata-se-á de interceptação, subsumível à lei.

Mas esta não abrange a gravação da conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro: conduta essa que não se enquadra

no conceito de interceptação, e consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria.<sup>11</sup> Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art. 5.º, inc. XII, CF), é preferível ao inc. X do mesmo dispositivo (proteção da intimidade): a gravação, em si, não é ilícita, podendo qualquer dos interlocutores executá-la livremente, por tratar-se de documentação de comunicação que lhe é dirigida. No entanto, a divulgação, *sem justa causa*, da conversa *confidencial* poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 153 do CP.<sup>12</sup>

Do mesmo modo, a informação a respeito do registro de ligações feitas de ou para determinada linha telefônica não se enquadra na lei, podendo aí caracterizar-se violação do sigilo profissional.

A lei tão pouco ocupa-se das chamadas “gravações ambientais”, ou entre presentes, entendendo-se, por esse termo, a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve.<sup>13</sup>

Com relação a estas, o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações. O Projeto Miro Teixeira cuidava expressamente dessas hipóteses, considerando ilícita a produção da prova obtida mediante gravação clandestina, desde que utilizada para proteção de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa.<sup>13</sup>

5. Liga-se a essa questão a levantada pelo parágrafo único do art. 1.º da lei, que permite a interceptação de “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

O dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, tendo sido ajuizada ação di-

reta, ainda pendente de julgamento, a seu respeito, sob o fundamento de que violaria o sigilo da comunicação de dados (inc. XII do art. 5.º CF), que é absoluto.

Penso que aqui há que se distinguir.

A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados. Nesse sentido técnico, o dispositivo vulnera a Constituição, que não permite a quebra do sigilo dos bancos de dados. Já a telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação, de modo que aqui se tem uma comunicação do fluxo de dados via telefone.

Cabe, então, verificar se a expressão constitucional “comunicações telefônicas” seria, ou não, abrangente das “comunicações via telefone”. Mesmo assim, a resposta seria negativa, dado que as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente. Desse modo, a “comunicação telefônica” parece adstrita à transmissão da voz.<sup>14</sup>

Mas é preciso advertir que o próprio texto do art. 5.º, inc. XII, da CF dá margem a outra interpretação: há quem afirme que cuida ele 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 rechazar essa posição, todavia, basta observar que a reiteração da palavra “comunicações”, antes de “telefônicas”, indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere. É essa a única explicação para a repetição (e por isso a Comissão de Redação a introduziu), pois se a ressalva se referisse a todo o segundo grupo, teria sido sufi-

<sup>(9)</sup> O texto do Projeto encontra-se publicado no volume de minha autoria, *Novas tendências do direito processual*, Rio de

Janeiro : Forense Universitária, 2.ª ed., 1990, p. 430-435.

<sup>(10)</sup> Ver “As nulidades cit.”, p. 151-152.

<sup>(11)</sup> *Ibid.*, p. 159-161.

<sup>(12)</sup> *Ibid.*, p. 158-159.

<sup>(13)</sup> Art. 12 do Projeto de Lei 3.514/89.

<sup>(14)</sup> Nesse último sentido, expressamente, Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13.

ciente dizer "comunicações telegráficas, de dados e telefônicas".<sup>15</sup>

Desse modo, parece que o dispositivo em questão é efetivamente inconstitucional, salvo se se der ao termo "comunicações telefônicas" a acepção de "comunicações pela via telefônica", o que também é de difícil aceitação.

6. A ordem de interceptação é corretamente enquadrada pelo art. 1.º da lei como provimento cautelar: para o qual é competente o juiz da ação principal.

Diversas leis estaduais de organização judiciária têm previsto, em comarcas de maior movimento, juízes especializados para as providências cautelares anteriores ao oferecimento da denúncia. Na comarca de São Paulo, por exemplo, atuam na fase de investigação policial os juízes do DIPO — Departamento de Inquéritos Policiais —, que não têm competência para o processamento e julgamento da causa, após o oferecimento da denúncia. Em outros Estados, as leis locais preveem juízes de plantão.

Considero que tanto os juízes de plantão, como os do DIPO, simplesmente substituem o juiz da causa, não havendo qualquer infringência ao art. 1.º da lei quando a autorização para a interceptação deles se originar. Até porque as leis de organização judiciária são autônomas em estabelecer a competência dos juízes no âmbito de suas justicças, segundo orientação prestigiada em diversas oportunidades pelos tribunais pátrios.<sup>16</sup>

Nem haverá, no caso, prevenção de competência.<sup>17</sup>

7. Vejam-se agora as hipóteses legais em que a interceptação é admissível, podendo ser ordenada pelo juiz. Trata-se

(15) No mesmo sentido, por outros fundamentos, conclui Vicente Greco Filho, op.cit., p. 11-12.

(16) No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 28-29.

(17) Parece contrária, nesse ponto, a posição de Vicente Greco Filho, op.cit., p. 28.

da reserva legal considerada indispensável pelo Supremo Tribunal Federal, que invalidou muitas operações técnicas autorizadas antes da promulgação da Lei 9.296/96.

Nesse ponto, a normação é extremamente infeliz.<sup>18</sup> Em primeiro lugar, porque do texto constitucional decorre claramente a idéia de que o sigilo é a regra, à qual a lei pode excepcionar, nas hipóteses e formas que estabelecer. Ao invés disso, o art. 2.º do referido diploma legal inverte os dados da questão, apresentando a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção. Basta ler o dispositivo:

"Art. 2.º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I — não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

II — a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III — o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção."

Se a inversão representasse apenas uma atecnia formal, o defeito não seria grave. Mas o é, na medida em que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em todos os casos de crimes apenados, em *abstracto*, com pena de reclusão (inc. III).

É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, entendendo 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. O direito comparado reserva a possibilidade

de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica.

Era o que se esperava do legislador brasileiro que, ao contrário, generalizou o remédio extremo da quebra do sigilo para todos os casos de crimes apenados com pena de reclusão. Seguro indicio de que outra deveria ser a postura da lei encontrada no voto vencido do Min. Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir, no caso concreto, a ordem de interceptação telefônica, apesar da ausência da lei regulamentadora, por entender inequívoco que a autorização legislativa incluiria os crimes a que alude o art. 5.º, XLIII da CF (crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo).<sup>19</sup> No mesmo sentido, o voto vencido do Des. Nério Letti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, presumindo que a futura lei se pautaria pelas balizas adotadas em outros países.<sup>20</sup>

As previsões ficaram frustradas. Cabe indagar se a postura do legislador brasileiro poderia ser acionada de inconstitucional.

Parece-me que sim. Os sistemas constitucionais modernos adotam, expressa ou implicitamente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados.<sup>21</sup> 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, inc. IV, CF), conver-

tendo o princípio da reserva legal em *princípio da reserva legal proporcional*, na feliz expressão de Suzana de Toledo Barros.<sup>22</sup>

Dessa posição, adotada expressamente no tocante ao inc. III do art. 2.º da Lei 9.296/96 por Antônio Magalhães Gomes Filho,<sup>23</sup> decorre a consequência da inconstitucionalidade da previsão irrazoável 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 (que no caso não o observou), mas também ao intérprete, pelo que o magistrado deverá negar a ordem de interceptação se o crime objeto de investigação ou de processo não se configurar como sendo de especial gravidade. Para tanto, deverá guiar-se pelas legislações mais adiantadas (como, por exemplo, pelo art. 266 do CPP italiano), tomado, aliás, como modelo, nesse tópico, pelo já referido Projeto de Lei Miro Teixeira (art. 1.º).

8. Com relação ao inc. I do art. 2.º da lei em vigor, a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal nada mais configura do que o *fumus boni iuris*, ou seja a plausibilidade do direito invocado, necessário em face da natureza cautelar do provimento que autoriza a medida, assegurando a prova *inauditā altera parte* e submetendo-a a contraditório diferido.<sup>24</sup>

(22) Suzana de Toledo Barros, "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais", Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1996, p. 89-90.

(23) Antônio Magalhães Gomes Filho, "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96", in *Boletim IBCCrim*, edição especial n. 45, agosto de 1996, p. 14.

(24) V. "As nulidades" cit., p. 152-153.

(18) Vicente Greco Filho (op.cit., p. 13) refere-se à "duplamente lamentável redação negativa" do art. 2.º.

Por sua vez, o disposto no inc. II do mesmo dispositivo exige, para a autorização, a circunstância de não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis, firmando o critério da *estricta necessitate*, reforçada pelo disposto no art. 4.º da lei, que demanda a demonstração, no pedido de interceptação, da necessidade da medida para a apuração da infração penal. A excepcionalidade e estrita necessidade da operação técnica enquadraram-se na exigência do *periculum in mora*, comum a todas as medidas cautelares, indicando, nesse ponto, a tomada de consciência do legislador quanto ao fato de as interceptações telefônicas representarem, sim, um instrumento às vezes insubstituível no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingenuidade na intuidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem elas ser utilizadas como *ultima ratio*.

Dúvidas poderão surgir, na praxis judiciária, quando a interceptação tiver sido ordenada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se, após, que outros existiam. Penso que nesse caso a prova obtida pela interceptação não poderá ser considerada ilícita, por configurar o disposto no 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 da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não poderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios.

No incidente da interceptação telefônica, como em relação ao requerimento de qualquer prova, há que distinguir-se entre juízo de admissibilidade, que pode levar à autorização, e juízo de mérito.<sup>25</sup>

9. O parágrafo único do art. 2.º da lei em exame sugere que o resultado da interceptação telefônica só possa ser utilizado como prova dos fatos objeto de investigação determinada:

Parágrafo único: "Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investidos, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada" — grifei.

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 idéia insinuada pela redação dos dispositivos. A falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá a 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: assim, v.g., o art. 270 do CPP italiano veda a utilização dos resultados das interceptações em procedimentos diversos daqueles em que foram autorizadas, ressalvado o caso de sua indispensabilidade para o accertamento de infrações penais em que for obrigatória a prisão em flagrante. O Projeto de Lei 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.

Assim, por exemplo, se a referida quebra fosse autorizada em investigação ou processo atinente ao crime de tráfico de substâncias entorpecentes (inc. II do art. 1.º), seu resultado poderia ser utilizado em processo ou investigação sobre crime de extorsão mediante seqüestro (inc. VIII). Não, porém, para um caso menos grave, que não fosse arrolado dentre aqueles para os quais o Projeto previa a admissibilidade da interceptação.

A falta, na lei brasileira vigente, de um rol de infrações em que a interceptação é admissível dificulta a solução do problema por esse último parâmetro. Mas, a adotar-se o entendimento de que o juiz deverá limitar a autorização a casos de crimes graves, poder-se-á seguir o mesmo critério para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada.

10. O art. 3.º, relativo à determinação judicial de interceptação, de ofício ou a pedido da autoridade policial (na investigação) ou do Ministério Público (nessa e na instrução processual) é criticável, por omitir a vítima e o próprio indiciado ou acusado. Mas é evidente que estes também estão legitimados ao requerimento, em face das garantias constitucionais, entre as quais se insere o direito à prova, reconduzível aos incs. LIV e LV do art. 5.º da CF.<sup>26</sup> E na ação penal de iniciativa privada (como no caso de estupro), somente a vítima poderá formular o pedido.

A previsão de pedido verbal, reduzido a termo, embora restrito a casos excepcionais, desperta alguma preocupação, uma vez que o exame do juiz a respeito da presença dos requisitos de admissibilidade

da medida — a que o mesmo art. 3.º alude expressamente — deverá basear-se exclusivamente nas afirmações da autoridade requerente.

A urgência pode justificar a previsão legislativa, nesses casos excepcionais. Mas teria sido oportuna a previsão de convalidação da ordem pelo juiz, à luz da ratificação escrita do pedido verbal, com a inutilização do resultado da interceptação na hipótese de falta de convalidação. Era essa a linha seguida pelo Projeto Miro Teixeira, nos casos de interceptação efetuada com o consentimento de um dos interlocutores — muito comum em casos de seqüestro (art. 4.º e parágrafos).

Nada impede, a meu ver, que o juiz assim proceda, condicionando a utilização dos resultados da interceptação à posterior convalidação.

11. A necessidade de motivação da autorização, sob pena de nulidade — em observância, aliás, ao disposto no art. 93, inc. IX, CF — e o prazo de duração das operações — quinze dias prorrogáveis por igual prazo, desde que comprovada sua indispensabilidade — vêm dispostos no art. 5.º.

A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido.<sup>27</sup>

12. A forma de execução da diligência, diz o mesmo art. 5.º em análise, deverá ser indicada pelo juiz na decisão que autoriza a interceptação. Mas 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. Por sua vez, o art. 7.º permite à autoridade policial

<sup>25</sup> As várias atividades processuais relativas à prova desdobram-se em: a) requerimento;

b) admissibilidade; c) introdução no processo; d) valoração. A colheita da prova situa-se externamente ao processo: v. "As nulidades cit.", p. 118.

<sup>26</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho dedicou ao direito à prova no processo penal excelente monografia, no prelo. Também escrevi sobre o assunto em "O conteúdo da garantia do contraditório cit.", p. 19-21.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 31.

requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos.

Nesse ponto, a lei não é satisfatória. As operações técnicas deveriam ter sido atribuídas, de regra, aos serviços públicos de telefonia, para maior segurança e credibilidade do procedimento de interceptação. A intervenção do Ministério Público tão pouco resolve a questão, até porque meramente facultativa — o que é igualmente inaceitável.

Tem-se aqui um verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.1962, com as alterações sucessivas) — considerando inadequado para suprir à exigência constitucional de lei reguladora das hipóteses e “formas” da quebra do sigilo das comunicações telefônicas<sup>28</sup> —, mas que ao menos era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (art. 152 c/c art. 56, § 2.º).

Não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos.

Deve o juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art. 5.º da lei, determinando que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo 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 aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para efeito de valoração do juiz.

Mas, na hipótese de a gravação não ter acompanhado a interceptação, será admissível outra prova — como a testemunhal — sobre a realização da conversa?

Embora o valor probante do conteúdo da interceptação seja, nesse caso, indviduamente menor, a prova testemunhal não poderá ser excluída,<sup>29</sup> cabendo ao juiz valorá-la, atribuindo-lhe o peso que possa merecer.

13. Os arts. 8.º e 9.º da lei tratam dos incidentes relativos à introdução da prova no processo. O primeiro diz respeito ao apensamento, o segundo a inutilização de trechos de conversa.

E a seguinte a sistemática da lei: recebido o 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), o juiz determinará sua autuação em autos apartados, em apenso aos do inquérito ou do processo, cliente o Ministério Público (art. 6.º, § 3.º, c/c art. 8.º). A seguir, pelo art. 9.º, abrir-se-á o incidente de inutilização.

Ocorrem, aqui, diversas falhas da lei. 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 inquestionavelmente papel mais ativos, 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 suprir 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, apensados aos do inquérito ou do processo, deverá ser necessariamente conduzido em contraditório, nos termos do disposto no art. 5.º, inc. LV da CF. Contraditório diferido, em face da natureza cautelar (assecuratória da prova) da ordem de interceptação, o qual deve instaurar-se tão logo se conside que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações.

Era o que previa expressamente o Projeto Miro Teixeira, no art. 7.º, § 1.º. E é o que o juiz deve imediatamente fazer, apesar do silêncio da lei.

No incidente de apensamento a defesa poderá levantar a questão da licitude ou ilicitude da prova e, nesse caso, pedir seu desapensamento. Poderá discutir a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, e a própria identificação da voz. Nele poderá surgir a necessidade de perícias, a serem acompanhadas pelas partes, em contraditório pleno,<sup>30</sup> tudo de acordo com o disposto no art. 383, parágrafo único, do CPP, segundo o qual a reprodução mecânica (como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou *de outra espécie*, a teor do *caput* do dispositivo), quando impugnada em sua autenticidade, impõe ao juiz a realização de exame pericial.<sup>31</sup>

14. Por isso, não se pode aceitar o critério fixado pela lei sobre o momento do apensamento — com a consequente

inauguração do incidente —, assim regulado pelo par. único do art. 8.º.

“a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, 1.º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do CPP” (grifei).

Os momentos indicados pela lei são inteiramente inadequados. Quanto ao inquérito policial, a previsão impede qualquer manifestação produtiva do indiciado, que poderia produzir alegações e provas a respeito do resultado da interceptação, inclusive no tocante à sua autenticidade e à veracidade da voz. Não tem sentido alijar o indiciado do conhecimento de prova que pode ser de importância vital para seus interesses. Reporto-me, nesse ponto, à posição por mim defendida quanto à contatidade do inquérito policial a partir da garantia constitucional dos “litigantes, em processo administrativo” (art. 5.º, inc. LV), hipótese que não se confunde com a dos “acusados” e que assegura o contraditório em qualquer processo administrativo, mesmo não punitivo, em que se verifique conflito de interesse entre os titulares da relação jurídica administrativa.<sup>32</sup>

Pior ainda a disciplina para o processo jurisdicional: não há porque protelar o contraditório para o momento das diligências dos arts. 407 e 502 (observe-se que a errônea remissão ao art. 538, relativo ao procedimento sumário, é totalmente inaplicável).

A meu ver, o delegado de polícia, no inquérito, e o juiz, no processo, deverão

<sup>(28)</sup> No mesmo sentido, Vicente Filho, op. cit., p. 33. Em sentido contrário, Antônio Magalhães Gomes Filho, em conferência proferida nas I Jornadas de Direito Processual Penal, Brasília, 8.11.1996.

<sup>(29)</sup> Quanto à necessária participação das partes na realização de perícias (não antecipadas), v., de minha autoria, “O conteúdo da garantia do contraditório cit.”, especialmente p. 27-31.

<sup>(30)</sup> Ver, sobre a questão, “As nulidades cit.”, p. 153-154.

<sup>(31)</sup> Ver, de minha autoria, “Do direito de defesa em inquérito administrativo”, in *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 81-88. Do mesmo sentir, entre os administrativas, Odete Medauar, *a processualidade no direito administrativo*, São Paulo: RT, 1993, p. 159 e ainda n. 30, p. 61. *et seq.*

reitar as garantias do contraditório e da defesa diretamente da disposição constitucional, antecipando-as para o primeiro momento em que delas não puder mais derivar prejuízo às investigações.

15. A lei 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, no processo. Melhor fora que ocorresse eles antes do apensamento, para total garantia da privacidade de terceiros.

Seja como for, 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): *imprevidível*, 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.<sup>33</sup> Nem pode ser olvidado o interesse de terceiros, interlocutores estranhos aos fatos a serem provados, à destruição de parte da prova. Não atendidos pelo juiz, poderão impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional que indeferir sua pretensão, visando à preservação do direito à intimidade.<sup>34</sup>

A respeito da inutilização, o Projeto Miro Teixeira determinava, no § 2.º do art. 7.º, que as partes, assim como a autoridade policial, teriam o prazo de dez dias para examinar e escutar as gravações, indicando os trechos cuja degravação pretendessem. A partir daí, o juiz determinaria a transcrição dos trechos indicados que não fossem manifestamente irrelevantes e impertinentes, bem como de outros que

considerasse convenientes, decidindo a respeito da destruição do material restante. Essa decisão, nos termos do § 4.º do mesmo art. 7.º, seria sujeita a agravo, provido de efeito suspensivo.

Embora a lei não o diga, as decisões proferidas nos incidentes (de apensamento e de inutilização) serão apeláveis, enquadrando-se na previsão do art. 593, inc. II, CPP (decisões definitivas, ou com força de definitivas, assim entendidas, dentre outras, as que resolvem o mérito de questões incidentais).<sup>35</sup>

16. Uma palavra sobre a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições previsto no art. 8.º, *caput*. A meu ver, referido sigilo volta-se muito mais à proteção da intimidade de terceiros do que à do acusado, não se justificando após a degravação dos trechos de conversas que não dizem respeito aos fatos a serem provados.

Não tem sentido entender que os elementos indicados no referido dispositivo devam permanecer lacrados após a inutilização dos elementos informativos estranhos à prova. As garantias do "devido processo legal" não admitem prova secreta, sendo aberrantes e inconstitucionais disposições que assim determinem.<sup>36</sup> Quando muito, o sigilo pode dizer respeito a terceiros, mas jamais dirigir-se às partes. É nesse sentido que deve ser interpretada a restrição à publicidade prevista no inc. LX do art. 5.º, nos expressos termos do disposto no inc. IX do art. 93 da Constituição.

17. Finalmente, o art. 10 da lei tipifica como crime duas condutas: a) realizar interceptação de comunicações telefôni-

cas, de informática ou telemática sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei; b) quebrar segredo de justiça. A pena, para ambos, é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Subsume-se ao primeiro tipo a conduta de toda e qualquer pessoa. Cessa, assim, a discussão surgida com relação à possibilidade de enquadramento de quem não fosse funcionário público — como os investigadores particulares — nos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152 CP, art. 227 CPM e art. 56 do Código de Telecomunicações).

Evidente que o dispositivo também colhe os servidores e agentes públicos, inclusive o juiz que acaso autorize a interceptação para fins diversos da investigação criminal ou da instrução processual penal — como, por exemplo, em processo não-penal. Mas a redação do dispositivo deixa dúvidas quanto à caracterização do ilícito em casos que não se ligam propriamente aos "objetivos autorizados em lei", como seria o do juiz que determinasse a interceptação para investigação ou processo atinente a crime punido com pena de detenção.<sup>37</sup>

Melhor, nesse ponto, o Projeto Miro Teixeira, que previa, no art. 11, que "a realização das operações técnicas fora dos casos, modalidades e forma estabelecidos nesta lei constitui crime, sujeitando-se seus autores às penas de detenção de um mês a um ano, e multa". O parágrafo único do mesmo dispositivo ainda dispunha que, em prejuízo do cominado no *caput*, ao servidor público também se aplicassem as demais sanções previstas na Lei 4.898, de 09.12.1965, enquadrando a conduta em crime de abuso de autoridade.

A segunda hipótese — tipificada como crime de violação do segredo de justiça —

tem sido considerada como de infração exclusivamente funcional,<sup>38</sup> nela só podendo incorrer servidores (em sentido amplo) e agentes públicos, como o juiz, os membros do Ministério Público, os agentes policiais, os servidores da justiça e os operadores dos serviços de telefonia, os quais têm o dever jurídico de preservar segredo de justiça.

Por isso — afirmou-se<sup>39</sup> — o advogado que infringisse o sigilo só poderia incorrer nas penas do art. 154 do CP (violação de segredo profissional).

A questão certamente provocará divergências. O art. 10 da nova lei cuida especificamente da quebra do segredo por ela mesma instituído, qual seja o relativo ao procedimento da interceptação telefônica. Por isso, os demais casos quando o crime for praticado por servidores, contínuarão regidos pelo art. 325. Aplicando-se o mesmo raciocínio, poder-se-á afirmar que o advogado — que também tem dever de guardar segredo — incorrerá nas penas do art. 154 do CP, para a generalidade dos casos, mas sua conduta poderá subsumir-se ao art. 10 da Lei 9.296/96, quando se tratar de violação ao específico sigilo por ela instituído para as interceptações telefônicas.<sup>40</sup>

A norma é severa e muito cuidado deverá ser tomado para resguardar a atuação de cada interveniente, não sendo de descartar a possibilidade de lavratura de termos de responsabilidade, por iniciativa do juiz.

18. Essa, em apertada síntese, a análise da lei. Mas inúmeras são as questões deixadas em aberto, dentre as quais se passam a enumerar as principais.

a) Como visto, omite a lei o tratamento das gravações clandestinas de conversas telefônicas próprias e das gravações entre

<sup>33</sup> Ver Grinover, Magalhães e Scarance, *Os recursos no processo penal*, São Paulo: RT, 1996, p. 58-60 e 115-116.

<sup>34</sup> É o caso da "prova secreta" prevista no art. 3.º da Lei 9.034/95. Ver, de minha autoria, "Que juiz inquisitor é esse?", in *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 30, junho de 1995, p. 1.

<sup>35</sup> Ver, sobre autodefesa e defesa técnica, integrando ambas, necessariamente, o direito constitucional de ampla defesa, Grinover, Scarance e Magalhães, "As nulidades" cit., p. 71 *et seq.*

<sup>36</sup> No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, *op.cit.*, p. 35.

<sup>37</sup> Segundo Vicente Greco Filho (*op.cit.*, p. 42-43), a expressão "com objetivos não autorizados em lei" compreenderia o caso de interceptação em crime de detenção.

<sup>38</sup> Assim Vicente Greco Filho, *op.cit.*, p. 44.

<sup>39</sup> Vicente Greco Filho, *op.cit.*, p. 45.

<sup>40</sup> Contra, com relação ao advogado, Vicente Greco Filho, *op.cit.*, p. 45.

requisito de a pessoa contra quem se pretenda aproveitar a prova, produzida em processo anterior, ter participado deste processo como sujeito do contraditório, a transferência é, em regra, possível.<sup>52</sup>

Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque prova produzida em processo penal anterior, entre as mesmas partes (v.g., vítima e acusado, ou Ministério Público e acusado), resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos 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? Penso que sim. E concordo, aqui também, com a posição sugerida por Barbosa Moreira.<sup>53</sup> O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional.<sup>54</sup> Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

g) É evidente que as disposições penais da lei (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.<sup>55</sup> As demais prescrições legais, por sua natureza processual, terão aplicação ime-

diata aos inquéritos e processos em curso, podendo a interceptação ser autorizada com relação a fatos ocorridos antes da vigência da lei.

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

Tecnicamente, a resposta deveria ser negativa: a uma, porque a nulidade oriunda de infringência a normas penais é absoluta,<sup>56</sup> a duas, porque a lei, mesmo em seus aspectos processuais, é limitadora de direitos fundamentais, devendo ser aplicada restritivamente. Nessa linha de raciocínio, só caberia ao juiz, se ainda puder fazê-lo, proceder a nova ordem de interceptação, agora abrigada pela lei regulamentadora.

Mas aqui também a aplicação do princípio da proporcionalidade — se adotado — poderá conduzir a interpretação diversa, que conclua pela convalidação do ato de autorização (desde que presentes os requisitos da lei) e consequente desqualificação da ilicitude da prova.

19. Em conclusão, pode-se dizer que a lei era indispensável, vindo preencher um vazio legislativo extremamente danoso.

Deve-se, reconhecer, entretanto, que suscita diversos problemas de interpretação, sendo em muitos pontos lacunosa.

Caberá à doutrina dar-lhe a melhor exegese, e à jurisprudência a melhor aplicação, com os olhos sempre voltados ao crucial conflito entre as exigências da segurança e os direitos da defesa. Buscando o ponto de equilíbrio que harmonize a necessária luta contra a criminalidade com os valores de um processo penal respeitoso da dignidade humana.

## NOTAS PARA UMA CORRETA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES PENAIS DAS LEIS 9.268 E 9.269/96

ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA

Recentemente foram editadas as Leis 9.268 (cf. *DOU*, I, de 02.04.1996) e 9.269 (cf. *DOU*, I, de 03.04.1996), que alteraram a redação dos arts. 51, 78, 92 e 114 da Parte Geral e o § 4.º do art. 159 da Parte Especial do Código Penal brasileiro, assim como revogou a primeira delas os §§ 1.º e 2.º do art. 51 do CP, assim como o art. 182 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).

Tais alterações, que à primeira vista parecem simples, são de grande importância. Primeiro, porque começa a se pavimentar o caminho de volta rumo a um direito penal de intervenção mínima, tutelar, fragmentário e eficaz, distanciando-se do direito penal simbólico, promocional, “excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na intuição do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social” (cf. Damásio de Jesus, in *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada Capítulo I: Diagnóstico do Sistema Criminal Brasileiro: Crítica e Sugestões*, p. 1, São Paulo: Saraiva, 1995), que, comprovadamente, não resolve a contenda o problema da escalada da criminalidade.

Com efeito, a modificação mais importante é a alteração da redação do art. 51 do CP, cujos §§ 1.º e 2.º foram revogados, dando-se nova redação ao antigo *caput*. Em razão dessa alteração não mais é possível, no direito brasileiro, a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade (detenção), na hipótese do con-

denado solvente que deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.

Indubitavelmente, foi um avanço, pois a conversão da multa em pena privativa de liberdade é algo injusto, pois tem como fato gerador a inadimplência da obrigação de pagá-la, acarretando uma pena de detenção que não é consequência jurídica obrigatória da infração penal. Logo, o inadimplimento da multa acaba por gerar uma sanção mais grave que aquela prevista para a violação do bem-interesse tutelado pela norma penal quando da tipificação do delito, ferindo o princípio da proporcionalidade, pois a infração penal, mais grave, acaba sendo punida de forma mais branda que a inadimplência da multa.

A impossibilidade da conversão da multa em detenção consubstancia intelecção clara a óbvia da leitura do texto normativo alterado.

As dúvidas passam a ocorrer em razão de que o art. 51, na sua nova redação, determina que “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

A conversão da multa penal em dívida de valor, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, transmuda a natureza jurídica da multa, que passa a ser um crédito civil de natureza pública decorrente de condenação penal, passado a integrar a dívida ativa da Fazenda Pública.

<sup>52</sup> Assim escrevi no ensaio “Prova emprestada”, in *O processo em evolução cit.*, p. 54-63.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Contra, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 23-24.

<sup>55</sup> Assim expressamente Luiz Flávio Gomes, “Lei 9.296/96 e direito intertemporal”, in *Enfoque Jurídico*, TRF-1.ª Região, agosto 1996, p. 3.

<sup>56</sup> Sobre as nulidades absolutas, por atipicidade constitucional, v. *As nulidades cit.*, p. 19-21.

Essa também parece a posição de Luiz Flávio Gomes (op. e loc. cit.), aludindo à nulidade e ineficácia da autorização concedida antes da lei, a macularem a prova como ilícita.