

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

REBECA TEIXEIRA DA SILVEIRA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – AS LIMITAÇÕES
LEGAIS À ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA
ATIVIDADE INVESTIGATIVA**

FORTALEZA

2008

REBECA TEIXEIRA DA SILVEIRA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – AS LIMITAÇÕES
LEGAIS À ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA
ATIVIDADE INVESTIGATIVA**

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda
Arruda.

FORTALEZA

2008

REBECA TEIXEIRA DA SILVEIRA

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – AS LIMITAÇÕES
LEGAIS À ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA
ATIVIDADE INVESTIGATIVA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho
(membro da banca)

Alexandre Meireles Marques
(membro da banca)

À Deus, pela minha existência, e à memória do meu irmão, Bruno, que nos deixou no curso desta jornada sem ter a oportunidade de, no plano terreno, presenciar este momento.

AGRADECIMENTOS

Por mais que a redação de uma monografia seja vertida na solidão dos estudos, a companhia de pessoas especiais foi essencial para que esta minha jornada fosse mais proveitosa e agradável, pelo que não posso deixar de externar meus agradecimentos a todos os que colaboraram com minha empreita.

A meus pais, Luis Cláudio e Claudete, e a minha avó Zilda, pela educação, o exemplo e o apoio sempre presentes, pela disposição em perdoar-me e, especialmente, por serem meus melhores amigos e admiradores.

Ao meu grande amor, Waldo, os meus sinceros agradecimentos pelo auxílio, companheirismo, incentivo, por estarmos juntos em todas as dificuldades e por todo o amor, muito obrigada.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, pela orientação e pelos ensinamentos em Direito Penal, os quais guardarei para sempre.

Ao Dr. Alexandre Meireles Marques, pelo exemplo profissional, e por ensinar-me que ser um operador do direito é servir, primordialmente, à sociedade.

Ao Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho, pela presteza e por honrar com sua presença na Banca Avaliadora desta monografia.

Ao Dr. Márcio Andrade Torres, pelo incentivo ao estudo deste tema e pela colaboração.

A todos aqueles que, de alguma forma, auxiliaram-me na realização desta monografia.

“Os valores fundamentais do ser humano são diversos, nem todos compatíveis entre si. A possibilidade de conflito e tragédia nunca poderá ser eliminada por completo, nem na vida pessoal nem na social. A necessidade de se eleger entre os valores é, pois, uma característica humana da qual não se pode fugir. A liberdade é um desses valores e por isso precisa ser definida”.

Isaiah Berlin (1909-1993)

RESUMO

O presente estudo é uma análise da interceptação telefônica, sua aplicabilidade como meio de prova e as limitações legais e principiológicas à sua execução pela polícia judiciária. Faz-se uma análise das limitações constitucionais do direito à privacidade e à intimidade, que são diretamente atingidos pela interceptação das comunicações telefônicas. A polícia judiciária, no exercício das investigações, faz uso freqüente da interceptação para apurar provas que fundamentem uma futura ação penal. No que concerne à temática da produção e admissibilidade das provas, a Constituição Federal preconiza a vedação dos meios de prova obtidos ilicitamente, tendo a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, adotado o entendimento da relativização do texto constitucional, baseados no princípio da proporcionalidade, que deve ser o norteador tanto das questões que envolvem a admissibilidade das provas ilícitas quanto da decisão do magistrado que autoriza a execução da interceptação telefônica.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Direito à Privacidade. Polícia Judiciária. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This research is an analysis of the telephone interception, its applicability as evidence and the statutory limitations and the principles for its implementation by the judicial police. It is an analysis of the limitations of the constitutional right to privacy and intimacy, which are directly affected by the interception of telephone communications. The judicial police, while carrying out investigations, makes frequent use of intercept evidence to establish that base any future criminal action. Regarding the issue of production and admissibility of evidence, the Constitution calls for the sealing of evidence obtained illegally, and the doctrine and jurisprudence, so majority, adopted the view of the relativization of the constitutional text, based on the principle of proportionality, that should be the guiding both of the issues involving the admissibility of evidence about the illegal decision of the magistrate authorizing the execution of telephone interception.

Keywords: Telephone interception. Right to Privacy. Judicial Police. Illicit evidence. Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
------------------------	-----------

CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

1. A PRESERVAÇÃO DA VIDA PRIVADA COMO UMA PROBLEMÁTICA JURÍDICA.....	12
1.1. Vida Privada e Intimidade.....	13
1.1.1 Evolução Conceitual.....	13
1.1.2. Distinção entre os Conceitos de Vida Privada e Intimidade.....	15
2. REFLEXOS DA INTERCEPTAÇÃO NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	20
2.1. Os Direitos da Personalidade.....	20
2.1.1. Considerações sobre os Direitos da Personalidade.....	21
3. Direito à Intimidade.....	23
4. O Direito ao Segredo.....	25

CAPÍTULO II - A POLÍCIA JUDICIÁRIA

1. A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	28
2. O INQUÉRITO POLICIAL.....	30
2.1. Características do Inquérito policial.....	31
2.1.1 Procedimento Escrito.....	32
2.1.2. Procedimento Sigiloso.....	32
2.1.3. Oficialidade.....	33
2.1.4. Oficiosidade.....	33
2.1.5. Autoritariedade.....	34
2.1.6. Indisponibilidade.....	34
2.1.7. Inquisitivo.....	35
2.2. Procedimento.....	37
2.2.1. Dispensabilidade do Inquérito Policial.....	38
2.2.2. Previsão de Incomunicabilidade do Indiciado.....	39
2.2.3. Instauração do Inquérito.....	39

2.2.4. Instauração do Inquérito na Ação Penal Pública Incondicionada.....	40
2.2.5. Instauração do Inquérito na Ação Pública Condicionada.....	41
2.2.6. Instauração do Inquérito Policial na Ação Penal Privada.....	42
2.2.7. O Indiciamento.....	43
2.2.8 Prazos para Finalização do Inquérito.....	44
2.2.9. Encerramento do Inquérito.....	44

CAPÍTULO III - PROVAS ILÍCITAS

1. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RELATIVOS À PROVA.....	45
1.1. Princípio Dispositivo.....	45
1.2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	47
1.3. Princípio da Imediação	48
1.4. Princípio da Identidade Física do Juiz.....	50
1.5. Princípio do Livre Convencimento Motivado	52
2. A PROVA ILÍCITA	55
2.1. A Prova como um Direito do Cidadão	55
2.2. Conceito de Prova Ilícita.....	58
2.3. Correntes Doutrinárias sobre sua Admissibilidade	59
2.3.1. Teoria Obstativa	60
2.3.2. Teoria Permissiva	60
2.3.3. Teoria Intermediária	61
2.4. A Prova Ilícita por derivação no Direito Comparado	64
3. A PROVA ILÍCITA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	71
3.1. A prova Ilícita no Sistema Constitucional Vigente	71

CAPÍTULO IV - A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

1. CONCEITOS.....	73
1.1. Conceito de Interceptação Telefônica.....	73
1.1.1. Interceptação Telefônica <i>stricto sensu</i>	75
1.1.2. Interceptação conhecida por um dos interlocutores, ou Escuta Telefônica.....	75
1.1.3. Interceptação de conversa entre presentes, ou Interceptação Ambiental.....	76

1.1.4. Interceptação Telefônica da conversa entre presentes conhecida por um dos interlocutores, ou Escuta Ambiental.....	76
1.1.5. Gravações Clandestinas – Telefônicas e Ambientais.....	76
2. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO.....	77
2.1. O Sistema anterior à Constituição Federal de 1988.....	77
2.2. A Constituição Federal de 1988 e a Interceptação Telefônica.....	78
2.3. A Interceptação Telefônica após a Lei nº 9.296/96	82

CAPÍTULO V - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

1. HISTÓRICO.....	95
2. CONCEITO DE PROPORCIONALIDADE.....	99
3. A PROPORCIONALIDADE EM FACE DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	101
3.1. Colisão entre Direitos Fundamentais.....	101
3.2. Hipóteses de colisão entre os Direitos Fundamentais.....	102
3.3. Solucionando a colisão entre Direitos Fundamentais.....	103
3.4. A Aplicação da Proporcionalidade	105
3.5. A autorização judicial para a interceptação e o princípio da proporcionalidade....	106
3.5.1. A problemática da interceptação telefônica	106
3.5.2. A proporcionalidade e a autorização judicial necessária à interceptação.....	109
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	114

INTRODUÇÃO

A escolha deste tema se deu em virtude de muitos fatores. Além de ter uma preferência particular pelas ciências criminais, vislumbrei uma extrema importância social, mais ainda agora, com uma gama de discussões levantadas sobre o assunto. Mais do que adentrar em discussões de ordem meramente teórica, o estudo deste tema é uma análise de um sistema de garantias aos direitos fundamentais, da repercussão social alcançada pelo tema e de suas particularidades.

O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade do sigilo de 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.

Somente depois de 12 anos sobreveio a regulamentação do aludido dispositivo, com o advento da Lei nº 9.296/96, e com ela uma gama de discussões que perduram até hoje.

De início, esse estudo abordará as questões principiológicas e constitucionais que envolvem a matéria, ressaltando a importância do direito à vida privada e à intimidade como limites a serem considerados, quando da aplicação da interceptação telefônica na atividade investigativa ou no processo.

A questão das provas obtidas por meios ilícitos é complexa e atual, tornando fértil a discussão acerca da legalidade da produção de tais provas, mormente se for considerada a trágica realidade social brasileira, atingida pelo recrudescimento da violência e da criminalidade.

Diante da busca pelo equilíbrio harmônico entre a proteção dos direitos fundamentais, consagrados com generosidade pelo constituinte de 1988, faz-se necessário a existência de uma ponderação de valores, no caso concreto, ao se apreciar tanto a inadmissibilidade das provas, o que permitiria ao juiz tornar relativa a norma constitucional que impõe sua ineficácia, quanto a utilização da proporcionalidade pelo magistrado no que diz respeito à análise dos pressupostos legais para a concessão da autorização para a interceptação telefônica.

Ademais, discute-se nesta explanação se é possível proteger o direito à intimidade e, ao mesmo tempo, impedir que esta individualidade seja um obstáculo à aplicação do Direito, ensejando, pois, a impunidade e a injustiça.

Além da proposta de ponderação de valores supostamente contrapostos, por meio da aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, serão destacadas algumas das principais opiniões sobre o direito à prova e sua limitação; os efeitos da admissão no processo penal brasileiro de prova ilegal; a teoria dos frutos da árvore venenosa e o chamado encontro fortuito; e, ainda, a diferenciação entre interceptação, escuta e gravação de conversas.

Pretende-se tão-somente que esta monografia torne-se fonte de informações seguras para aqueles que têm dúvidas ou que desejam refletir um pouco mais sobre tais assuntos.

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

1. A PRESERVAÇÃO DA VIDA PRIVADA COMO UMA PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Comumente, as decisões concretas do agente público, no exercício da competência discricionária, geram conflitos entre interesses públicos e interesses individuais. Esses conflitos concretos podem ser analisados a partir de duas categorias propostas por Robert Alexy: interesses coletivos¹ e direitos individuais.

Os interesses coletivos são interesses indivisíveis, que beneficiam a uma coletividade sem que seja possível determinar com exatidão os sujeitos favorecidos com sua defesa. São exemplos de interesses coletivos a segurança pública, a proteção ao meio ambiente, a proteção ao patrimônio histórico cultural, o desenvolvimento econômico, etc. Os direitos individuais, por sua vez, beneficiam titulares determináveis, tais como a propriedade, a inviolabilidade de domicílio e do sigilo das comunicações, a liberdade de expressão, moradia etc.

Ademais, a utilização dessas categorias pressupõe a percepção dos direitos fundamentais (sejam interesses coletivos, sejam direitos individuais) como princípios. Para Alexy, os princípios são mandamentos a serem otimizados. Eles não contêm um dever definitivo, pois exigem que algo seja realizado na maior medida possível, levando-se em consideração às possibilidades fáticas e jurídicas. Como mandamentos ideais, exigem sempre mais do que é realmente possível, e por isso colidem com outros princípios, e nas situações concretas podem ser restringidos.

A percepção dos direitos individuais e dos interesses coletivos como princípios torna explícita a necessidade de ponderação de interesses contrapostos em inúmeras situações cotidianas da atuação administrativa.²

Em determinadas situações, é imperioso que o exercício de determinados direitos, mesmo quando estes figuram como garantias constitucionais, seja mitigado em virtude da necessidade de se proteger outro direito igualmente constitucional, mas que no caso concreto se apresenta como mais relevante.

¹ *El Concepto y la Validez del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, pp. 186-190. Na tradução espanhola foi utilizada a expressão “bien coletivo”.

² A partir da definição de interesse público sugerida, não faz sentido falar em colisão entre interesse público e interesse privado. O que colidem são os interesses coletivos e os direitos individuais, se considerados como princípios.

Os interesses contrapostos constituem o objeto da ponderação em comento. Portanto, conforme tais interesses vão se modificando, como uma reação natural à evolução da sociedade, mudam, também, os paradigmas e as percepções sobre o que é ou não interessante. O que hoje pode vir a prevalecer em determinada situação, em tempos pretéritos, não teria a mesma importância.

1.1. Vida Privada e Intimidade

Antigamente, não se tinha a noção que se tem hoje dos conceitos de intimidade e de privacidade. Estes configuram conceitos criados pela modernidade. O que existia, de início, era a diferenciação entre a esfera pública e a esfera privada.

Nessa linha de raciocínio, temos que o conceito de público e privado também sofreu modificações no decorrer do tempo, como veremos a seguir.

1.1.1. Evolução Conceitual

Na Antiguidade, o Direito Privado era a esfera que compreendia a atividade humana a qual visava atender às necessidades do ser humano no tocante a sua condição animal, como a alimentação e procriação, por exemplo, correspondendo à dimensão da sobrevivência, do labor, não havendo espaço para a liberdade, pois todos estavam subjugados pela necessidade. Já o Direito Público, por sua vez, relacionava-se à esfera da ação em que os cidadãos se libertavam da esfera da casa, exercendo suas atividades fora dela, realizando sua natureza de animal político. A esfera pública era a participação política dos cidadãos³.

Ao fim dessa época e no início da Idade Média, com a invasão dos bárbaros e início do feudalismo, o Estado entrou em colapso, fazendo o Direito Público praticamente desaparecer. O feudalismo atribuiu ao titular do domínio poderes típicos de Estado, possibilitando que as funções públicas fossem reguladas por normas de âmbito privado⁴. Assim, a autoridade privada e a autoridade pública fundem-se em uma unidade na qual ambas são frutos de um único poder, concentrado no chamado senhor feudal. Nota-se que a

³ Cabe observar que cidadão na sociedade greco-romana era "(...) cidadão é todo homem que segue a religião da cidade, que honra os mesmos deuses da cidade, aquele para quem o arconte ou príate oferece o sacrifício de cada dia, o que tem o direito de aproximar-se dos altares e, podendo penetrar no recinto sagrado onde se realizam as assembléias, assiste às festas, acompanha as procissões, e participa dos panegíricos, participa dos banquetes sagrados e recebe sua parte das vítimas", conforme escreveu Numa-Denys Fustel de Coulanges, em sua obra intitulada "A Cidade Antiga".

⁴ *Lus publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem* (Direito Público é o que corresponde às coisas do Estado; Direito Privado o que pertence à utilidade das pessoas).

unificação entre o público e o privado transforma o âmbito doméstico em esfera social, reconhecendo aos indivíduos interesses materiais e espirituais em comum. A partir dessa revolução, o homem considerado animal político (*politikon zoon*) passa a ser animal social.

É oportuno, também, discorrer sobre a importância do Humanismo do século XV, XVII e XVIII, cuja contribuição dos grandes filósofos e pensadores políticos se deu por intermédio das chamadas teorias do Direito Natural.

Thomas Hobbes e John Locke partilham deste tema, mas Rousseau foi quem mais inspirou e influenciou a declaração francesa de 1789, ambicionando a construção de uma sociedade onde os homens pudessem ser livres, tal como no estado de natureza.

Sob influências do liberalismo, é então votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Agora, os chamados Direitos do Homem, são inalienáveis e reconhecidos como direitos naturais. Esses direitos são: a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Os direitos do cidadão já se encontram ligados ao *status* de sociedade, que eram, basicamente, o direito ao voto e o direito ao respeito da legalidade entre outros.

Lembramos ainda que a família, como núcleo social, também exerceu uma importante influência no desenvolvimento do direito à intimidade e à privacidade. Neste período, estar com a família e desejar estar distante do mundo público passa a ser visto como um direito, e não mais como um privilégio como na sociedade feudal.

Na modernidade, o homem privado não é mais aquele que luta pela sobrevivência no âmbito da casa ou no domínio feudal, mas aquele que mantém relações econômicas e civis, possuindo, inclusive, direitos contra os abusos do Estado⁵.

A exigência de um direito à vida privada, conforme preceitua Celso Lafer⁶,

é uma consequência das novas realidades sociais do mundo contemporâneo. Estas realidades vêm levando, de um lado, à interferência crescente na esfera da vida privada por parte do poder público – tanto no exercício quotidiano do poder de polícia quanto no campo da atividade judiciária – e, de outro, à maior possibilidade de terceiros se intrometerem no âmbito da intimidade das pessoas. Por isso, vêm ocorrendo os artefatos derivados da inovação tecnológica, como teleobjetivas, gravadores de minúsculas dimensões, aparelhos de interceptação telefônica, computadores.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que previa, expressamente, proteções inerentes à vida privada⁷, do Pacto Internacional de Direitos Civis e

⁵ DINIZ, Rivanildo Pereira. A proteção constitucional d vida privada e a reparação do dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 29, p. 196-197, 1999.

⁶ *Apud* DINIZ, op. cit., p. 199.

Políticos, em 1966, e do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, era assegurado que ninguém poderia ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação e que toda pessoa tinha direito à proteção da lei contra essas interferências⁸

1.1.2. Distinção entre os Conceitos de Vida Privada e Intimidade

A Constituição Federal tutela a vida privada, pois é inegável que o desenvolvimento tecnológico criou meios dos mais diversos de violação da privacidade, impondo, modernamente, a necessidade da criação de mecanismos de proteção a esse direito.

Observa-se, por meio da leitura do texto constitucional, que a vida privada é apresentada como um direito diferente da intimidade, e o fato de esses direitos não constarem do *caput* do art. 5º revela que eles devem ser encarados como direitos conexos ao direito à vida⁹.

O direito à vida privada, apesar de estar inserido no rol dos direitos da personalidade, merece tratamento autônomo, pois nem todas as qualidades atribuídas aos direitos da personalidade lhes podem ser atribuídas com o mesmo padrão. O direito à vida privada possui princípios próprios, como o de manter exclusividade nas escolhas das opções pessoais e o direito à diferenciação¹⁰.

O texto constitucional elenca o direito à vida privada como um dos direitos fundamentais, possuindo aplicabilidade imediata, de acordo com art. 5º, §1º, sendo possível, entretanto, o legislador infraconstitucional restringir seu campo de incidência denotativo-conceitual, desde que respeite seu conteúdo essencial.

Assim, a privacidade do indivíduo encontra limitações na privacidade de outro indivíduo e na necessidade de garantir-se a pluralidade intersubjetiva do espaço público.

No mundo ocidental contemporâneo, as principais ameaças à vida privada têm sido o individualismo exacerbado, a cultura de massas, o totalitarismo estatal e a revolução tecnológica. O conceito de vida privada demarca, em essência, a individualidade do homem, não só diante dos outros indivíduos e da sociedade, mas também do Estado, consubstanciando

⁷ Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.26, p. 61-62, 1999.

⁹ DINIZ, op.cit., p. 188.

¹⁰ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 254.

espaços nos quais a força de criação e imaginação do homem estão livres, seja para reflexões introspectivas atinentes ao íntimo de cada um, seja para manter intercâmbios sociais nos quais cabe a cada um, privativamente, escolher como, onde e quando atuar.

O conceito do que seria o direito ao respeito à vida privada é variável de acordo com a cultura de cada país. O progresso, a evolução e a disputa entre países, mesmo com a globalização, as diferenças culturais e os diversos costumes e tradições dificultam a formulação de um conceito universal sobre esse direito, possibilitando que uma mesma conduta praticada em países diferentes possa, em um deles, representar uma ofensa e, em outro, seja tida como normal.

A maioria dos países do Conselho da Europa, por exemplo, adota como definição de direito ao respeito à vida privada o que foi definido em Assembléia Consultiva, por meio da Resolução nº 428, de 23 de janeiro de 1970, no § C, nº 2 e nº 3, a qual dispõe:

2. O direito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não-divulgação de fatos inúteis ou embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias privadas, à proteção contra espionagem e às indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à proteção de sua vida privada as pessoas que, por suas próprias atitudes, encorajaram indiscrições das quais elas venham a se queixar posteriormente. 3. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública levanta um problema particular. A forma ‘a vida privada pára onde começa a vida pública’ não basta para resolver este problema. As pessoas que representam um papel na vida pública têm direito à proteção de sua vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato de que o indivíduo ocupe um lugar na atualidade não o priva do direito ao respeito de sua vida privada¹¹.

Na prática, no entanto, dá-se mais destaque ao sentido estrito de proteção à vida privada, traduzido no conjunto de normas as quais têm por escopo proteger as pessoas contra atentados particulares, ou seja, contra agressões que atinjam o segredo da vida privada, protegendo a vida pessoal e familiar das pessoas e a intimidade de seu lar.

Opor-se à divulgação da vida privada, protegendo fatos íntimos da vida, mais do que um direito garantido pela Constituição Federal, pode ser considerado instinto de preservação do ser humano, ou seja, verdadeiro direito da personalidade, que abrange, dentre outros, o sigilo das cartas e comunicações confidenciais e o direito sobre a imagem e a voz.

¹¹Disponível em:

<assembly.coe.int/Main.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta70%2FBRES428.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2008.

Dessa forma, o direito de se opor a uma investigação na vida privada diz respeito à proteção da esfera íntima da pessoa diante da invasão de sua vida particular, muitas vezes pela utilização de aparelhos eletrônicos capazes de captar atos de seu cotidiano, o que ocorre, muito freqüentemente, com os populares “grampos” telefônicos e outros meios afins.

Sobre o tema, observa José Afonso da Silva¹²,

(a) ao segredo da vida privada, (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao segredo da vida privada, nota Kayser: a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolvem-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos. O autor ressalta o fato hoje notório de que o segredo da vida privada é cada vez mais ameaçado por investigações e divulgações ilegítimas por aparelhos registradores de imagens, sons e dados, infinitamente sensíveis aos olhos e ouvidos.

O ilustre doutrinador José Afonso da Silva, atribui uma dimensão maior ao direito à privacidade, de modo a fazer nele compreender todas as manifestações da esfera íntima, privada, e da personalidade¹³.

Segundo o autor, a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender. Relata que a Carta Magna, ao proteger a vida privada, se refere à vida interior, “como conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida” e não à vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas¹⁴.

O direito à intimidade da pessoa não se confunde com o direito de não-violação de seu domicílio, pois ele busca preservar o indivíduo contra a ação que o molesta em sua liberdade privada ou doméstica¹⁵.

A doutrina costuma utilizar indiferentemente as expressões “vida privada” ou “esfera da vida privada” e “intimidade”, embora elas sejam fundamentalmente diferentes. Na verdade, o termo “vida privada” é mais amplo, com características propiciadas pela doutrina francesa, que considera a intimidade uma esfera mais restrita do direito à vida privada, de acordo com a

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. rev. São Paulo:Malheiros, 1996, p. 204.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 188.

¹⁴ Idem, ibidem, pp.205-206.

¹⁵ Pontes de Miranda apud PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.26, p. 71, 1999.

tutela estabelecida pela lei de 1970, que se referia à "intimidade da vida privada". Observe-se que é de uso corrente pela doutrina a expressão "privacidade" como sendo sinônima do termo "intimidade".

A palavra privacidade é considerada um anglicismo, uma provável tradução do termo "*privacy*" da língua inglesa. Na opinião dos autores de nosso país, a distinção de origem francesa tem preferência, já estando, inclusive, consolidada na língua portuguesa.

Vários outros doutrinadores apresentam suas definições sobre a intimidade e a privacidade.

O professor Tércio Sampaio Ferraz¹⁶ define a intimidade como sendo:

o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

Já a respeito da vida privada¹⁷, aduz o mesmo autor que:

A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.

No Brasil, a Constituição Federal cuida da vida privada no art. 5º, inciso X, estabelecendo que: "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

Ressalte-se que o Texto Constitucional determina individualmente o direito à vida privada e o direito à intimidade e, além disso, esses direitos não constam do *caput* do art. 5º¹⁸, encerrando que o direito à honra, à intimidade, à imagem e à vida privada devem ser encarados como direitos conexos ao direito à vida, integrando a categoria de direitos individuais.

¹⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993

¹⁷ Idem.

¹⁸ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)".

O direito à privacidade engloba diversos aspectos os quais envolvem todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, caracterizando o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em quais condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.

O direito à vida privada mantém estreita relação com outros direitos personalíssimos, causando muita confusão, o que ocorre, mais freqüentemente, com o direito à intimidade.

Vejamos as considerações de Gilberto Haddad Jabur¹⁹ sobre o tema:

a alusão à "esfera privada", dentro do conceito de intimidade, evidencia a indiferença do emprego de um (privacidade ou vida privada) ou outro (intimidade) termo. E a coerência é inegável, sob o prisma dos efeitos que defluem da violação de um ou de outro direito, porque a vida privada, como *genus*, ou a intimidade, como *specie*, recebem igual proteção ante a similitude de natureza cujo conteúdo é apenas esmiuçado em homenagem ao tecnicismo que orienta algumas abordagens científicas, razão pela qual referimos a distinção, mas acompanhamos aqueles que não enxergam diminuição protetiva de ordem prática.

Dessa forma, temos que vida privada e intimidade são termos distintos, que geram direitos subjetivos também distintos.

No tocante ao direito à intimidade, cumpre aduzir que o mesmo revela a esfera recôndita do indivíduo; é o direito à liberdade pessoal de manter-se isolado ou recolhido dentro do seu íntimo e da própria sociedade, o que implica afirmar que a esfera íntima do ser humano deve ser um mundo desconhecido das demais pessoas, a fim de que fique preservada a sua individualidade.

Quanto ao conceito de proteção à vida privada, Szaniawski²⁰ descreve-o como “o poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar.

¹⁹ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258.

²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 367 apud Alice Monteiro de Barros. Op. cit., p.147.

2. REFLEXOS DA INTERCEPTAÇÃO NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Inúmeros são os reflexos da interceptação telefônica nos direitos da personalidade, em virtude das incontáveis hipóteses de sua ocorrência. É, no entanto, um tema bastante interessante e atual, se considerarmos a atual globalização e a modernização dos meios tecnológicos.

A questão da ofensa aos direitos da personalidade por meio da interceptação telefônica é questionada por diversos juristas, sendo importante ressaltar que, embora a Constituição Federal resguarde as garantias individuais, protegendo a intimidade, a inviolabilidade da vida privada etc., ela prevê e especifica hipóteses em que a interceptação telefônica se torna lícita, de maneira que os magistrados podem e devem autorizá-la, desde que não ataque a vida privada e a intimidade dos indivíduos sem haver um respaldo legal e constitucional para tanto.

A interceptação deve se utilizada para, apenas, colher os elementos imprescindíveis à elucidação da autoria e materialidade de infrações penais, não devendo interferir nos aspectos íntimos e privados que não se relacionem com o crime investigado ou a ser comprovado.

Evidente é que a interceptação telefônica, por permitir que o Poder Público tome conhecimento do diálogo mantido entre os interlocutores, de caráter particular, deve ser cuidadosamente utilizada, sob pena de violar preceitos constitucionais que visam a preservar a intimidade dos cidadãos e o desenvolvimento de sua personalidade, conforme veremos a seguir.

2.1. Os Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade, desde os primórdios de nossa civilização, são protegidos pelas normas de cada época.

Os povos da Antigüidade puniam, de maneira severa, as ofensas físicas, psíquicas e morais, embora os direitos ofendidos não fossem reconhecidos como direitos subjetivos.

A civilização grega, por exemplo, protegia tais direitos através de uma ação denominada *dike kakegorias* (para os romanos, *actio injuriarum*), pela qual as ofensas físicas e à moral dos cidadãos eram punidas²¹.

A civilização romana atribuía a palavra “personalidade” ao indivíduo que reunisse o *status libertatis*, o *status civilitatis* e o *status familiae*.

²¹ DINIZ, Maria Helena (Coord.); LISBOA, Roberto Senise. *O direito civil no séc. XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Aquele que não possuía liberdade não possuía nenhum outro *status*, como era o caso dos escravos, que não eram considerados cidadãos por não possuírem liberdade, não podendo possuir família por meios legais e, apesar de serem humanos como quaisquer outros, não possuíam direitos da personalidade, sendo considerados como coisas, *res* de propriedade de seu senhor, podendo ser negociados, maltratados, e até mesmo mortos, conforme fosse a vontade de seu senhor.

Os direitos da personalidade foram expressamente reconhecidos na Idade Média, especificamente no ano de 1215, com a promulgação da Carta Magna.

Com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, foi que houve uma supervalorização dos direitos da personalidade e da defesa dos direitos individuais, fundamentada nos ensinamentos de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, dentre outros.

Depois da Segunda Guerra Mundial, diante das tragédias e atrocidades causadas pelos Governos Totalitários, os direitos da personalidade, bem como demais direitos fundamentais, foram reconhecidos como de suma importância por nações do mundo todo, como reação ao domínio da tirania estatal sobre o indivíduo, baseado na teoria contratualista, que gerou grande supressão da liberdade dos indivíduos.

Sendo um ser eminentemente social, para satisfazer aos seus anseios e necessidades, lhes são conferidos direitos e obrigações, constituindo-se um sujeito passivo e ativo das relações econômicas. Em que pesem os direitos patrimoniais, porém, às pessoas físicas e jurídicas são conferidos direitos pessoais, dentre os quais os direitos da personalidade.

É dever do Estado reconhecer e sancionar tais direitos, protegendo-os dos arbítrios do Poder Público ou incursões praticadas por particulares.

Para aprimorar o raciocínio acerca da violação aos direitos da personalidade ocasionada pela interceptação telefônica, que apresenta como consequências a responsabilização civil e/ou penal, é interessante que se apresente algumas colocações sobre os direitos da personalidade.

2.1.1. Considerações sobre os Direitos da Personalidade

A expressão “personalidade” significa o que determina a individualidade de uma pessoa e a distingue de outra²². Não se trata de um direito, mas de um conjunto de caracteres próprios de uma pessoa.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 6. ed. rev. e ampl. Curitiba: Positivo, 2004.

A personalidade deve ser considerada como o primeiro bem da pessoa, caracterizado pelo seu modo de ser, suas características intrínsecas, que lhe pertence antes de qualquer outro.

Muitos são os conceitos referentes aos direitos da personalidade, possibilitando a existência de suas correntes, uma naturalista e outra positivista.

Segundo a corrente naturalista, os direitos da personalidade não são delimitados pelo ordenamento positivo, uma vez que se relacionam com os atributos inerentes à condição humana. Savigny, adepto dessa corrente, defende que se os direitos da personalidade têm por objeto a própria pessoa, haveria, de certa forma, a possibilidade de negá-los, pois, se são direitos, poderia seu titular deles dispôr de qualquer forma, sendo justificável, inclusive, o suicídio.

Os adeptos da corrente positivista afirmam que são considerados como direitos da personalidade apenas aqueles previstos pelo Direito Positivo, e consideram tais direitos como sendo subjetivos e cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade irrealizável, sem nenhum valor concreto.

Atualmente, prevalece na doutrina o sentido de que a natureza jurídica dos direitos da personalidade é a de direitos subjetivos, respeitando-se o entendimento minoritário diverso, baseado na evolução do *ius in re ipsum*, o qual os considera efeitos reflexos do Direito Objetivo, que protege juridicamente determinadas radiações da personalidade.

Os direitos da personalidade são basilares a qualquer norma jurídica e caracterizam-se por serem direitos subjetivos *excludente alios*, ou seja, pela possibilidade de se exigir um comportamento negativo de todos, portanto oponível *erga omnes*. Apresentam características especiais e específicas, quais sejam: são direitos absolutos que pertencem a todas as pessoas e configuram-se com o nascimento delas, agregando-se até a morte; extrapatrimoniais; impenhoráveis e imprescritíveis (podem ser objeto de medidas judiciais a qualquer tempo); irrenunciáveis (ninguém pode abrir mão deles); intransmissíveis (inexiste possibilidade de outrem usufruí-los); vitalícios (terminam com a vida, em regra, mas excepcionalmente podem perdurar, como, por exemplo, a vontade do falecido expressa em testamento); necessários (por serem inatos, ninguém poderá recusá-los); ilimitados (é impossível normatizá-los, ante o espírito criador e inovador do homem) e, via de regra, indisponíveis (por exemplo, os artistas podem usar sua imagem para promover determinado produto).

Muitas são as classificações dos direitos da personalidade apresentadas pela doutrina, mas a mais completa é apresentada por Rubens Limongi França²³, a saber: 1) direito à integridade física; 2) direito à integridade intelectual; e, 3) direito à integridade moral.

O direito à integridade intelectual abrangeria o direito à liberdade de pensamento, o direito pessoal do autor científico e artístico e o direito pessoal do inventor. Já, o direito à integridade moral compreenderia: a) o direito à liberdade civil, política e religiosa; b) direito à honra; c) direito à honorificência; d) direito ao recato; e) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; f) direito à imagem; e, g) direito à identidade pessoal, familiar e social.

Diante da relevância de tais direitos, a Constituição Federal não poderia deixar de conferir especial tutela aos componentes da personalidade, garantindo o direito à vida, à liberdade, à dignidade, protegendo a honra e a intimidade, visando ao pleno desenvolvimento e à realização pessoal dos cidadãos.

3. DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade situa-se na categoria dos direitos da personalidade, que podem ser divididos em: direitos físicos, evidenciados pelo direito à vida e à integridade física, direitos sobre as partes destacáveis do corpo e o direito ao cadáver; e os de natureza moral, dentre os quais se situam o direito à intimidade, à liberdade, à honra, à inviolabilidade psíquica, à imagem, ao nome e o direito moral do autor²⁴.

Em entendimento contrário, Milton Fernandes entende que a intimidade não se integra aos direitos da personalidade, constituindo direito autônomo, não compreendido por nenhuma das outras espécies do direito da personalidade²⁵.

Os conceitos constitucionais de *intimidade* e *vida privada* apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que está no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade está relacionado às questões subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, como as relações comerciais, de trabalho, de estudo etc. É difícil

²³ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 3. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 403. Apud MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. Revista Forense. V. 62, p. 80-88. p. 80.

²⁴ Adriano de Cupis apud BITTAR, *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 15.

²⁵ MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. *Direito à intimidade e interceptações telefônicas*. Belo Horizonte: Andamentos, 1999.

precisar, tecnicamente, a intimidade e a vida privada, principalmente levando em conta o sujeito titular do direito.

Existem pessoas que em função de sua profissão, exercem atividades públicas, que podem interessar a um grande número de pessoas, como é o caso dos agentes políticos, por exemplo. Portanto, os reflexos da intimidade e da vida privada das diferentes pessoas podem variar, de acordo com seu modo de vida, porém todos os seres humanos, por mais diferentes que sejam, guardam uma esfera intangível de invasão em sua vida e intimidade.

A essência do direito à intimidade resume-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, a qual leva a pessoa a não desejar que terceiros tomem conhecimento de certos aspectos de sua vida privada e personalidade, de seu lar, suas comunicações com outras pessoas, suas recordações, dados sobre sua saúde física e mental etc., afastando-os da curiosidade alheia.

Embora o direito à intimidade encontre limitações no interesse coletivo, que, em regra, deve prevalecer sobre o particular, em razão de que nenhuma liberdade pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, a legislação proíbe qualquer interferência arbitrária nos bens tutelados por esse direito, prevendo sanções à sua violação, o direito de fazer cessar a atividade lesiva e o posterior ressarcimento de eventual dano, de cunho moral ou patrimonial, sofrido pelo titular do direito violado.

Tais direitos são personalíssimos, variando a dimensão das lesões causadas de acordo com o caso concreto, uma vez que, em virtude do caráter subjetivo desse direito, determinada ação poderá fazer com que um sujeito se sinta violado em sua intimidade, enquanto outro não terá a mesma atitude.

Destarte, a legislação procurou determinar hipóteses nas quais haverá lesão ao direito à intimidade, conferindo-lhe o aspecto de garantia relativa, pois a própria legislação constitucional e infraconstitucional admite exceções em que esse direito pode ser violado, tendo em vista a coletividade e não só o indivíduo em particular, o que é observado na própria hipótese de interceptação telefônica, que pode ser aplicada sobrepondo o interesse coletivo de segurança ao individual de resguardo, excepcionalmente, quando autorizada pela Constituição.

Os direitos da personalidade não podem ser “destacados” das pessoas que os detêm. Contudo, a fruição e a exploração de algumas de suas faculdades encontram licitude, por não ofenderem a preservação do direito de que emanam.

É o caso da utilização e publicação consentida de retrato, divulgação de aspectos íntimos e da tolerância da ofensa à honra. O direito em si permanece intacto, suas

potencialidades é que são cedidas temporariamente, consistindo a faculdade máxima de disposição humana.

Assim, sobre os fatos íntimos, a vida familiar, a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a divulgação ou o conhecimento sem a autorização do interessado. Está isento dessa proteção criteriosa a pessoa dotada de notoriedade, desde que no exercício de sua atividade, cuja revelação de interesse público independe de seu consentimento, porém devendo-se manter preservado o limite da confidencialidade dos fatos íntimos e alheios ao interesse geral.

Sendo assim, todas as pessoas, mesmo aquelas dotadas de notoriedade, que abdicam de uma parte de sua privacidade, têm direito à preservação de sua confidencialidade.

Em qualquer caso, sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva do domicílio e suas comunicações particulares e correspondências não é lícita a comunicação sem a anuência do interessado.

O direito à intimidade não é exclusivo das pessoas naturais ou físicas, estendendo-se às pessoas jurídicas, o que se observa com a vedação legal de divulgação de informações de caráter restrito ou estratégico, sendo proibida a difusão de dados de cunho confidencial das pessoas jurídicas.

4. O DIREITO AO SEGREDO

O direito à intimidade não se confunde com o direito ao segredo, pois é sucessivo a ele, ou seja, o direito à intimidade diz respeito à própria pessoa, abrangendo os fatos os quais esta pessoa não deseja revelar, e o direito ao segredo corresponde à não-divulgação de determinados fatos da vida de alguém, a quem quer que seja.

Pode-se dizer que o direito à intimidade e o direito ao segredo são espécies do direito à privacidade, que é o gênero, e essa diferenciação é importante, pois, em alguns casos, pode haver violação de apenas um deles, sem o outro ser atingido, e, em outros, ambos podem ser alcançados.

O segredo relaciona-se diretamente com a confidência, com aquilo que não pode ser revelado, referindo-se a fatos específicos da vida privada da pessoa que, por alguma razão, não convêm ser divulgados, por isso sua diferença para a intimidade, a qual se refere a aspectos mais amplos da esfera privada.

Conforme Gilberto Haddad Jabur²⁶:

Segredar é ato praticado pelo confitente ao transmitir conteúdo do segredo ao confidente. Pede-se que o quanto divulgado permaneça absolutamente oculto, o que o distingue, em princípio da intimidade. (...) A idéia central indica que seu conteúdo é transmitido longe dos demais, em âmbito reservadíssimo. (...) O segredo advém normalmente de ofício ou função. Mas pode decorrer de condições diversas, como a posição familiar ou social. Daí dizer-se que sua revelação também causa turbações de ânimo, na linha dos sentimentos e afeições legítimas.

Vale ressaltar que o direito ao segredo está intimamente relacionado com a limitação do direito de liberdade alheio, pois o terceiro confidente, o qual do segredo toma conhecimento, não pode divulgar seu conteúdo, sob pena, inclusive, de sanção criminal, conforme o estabelecido no art. 153 do Código Penal²⁷.

O direito ao segredo visa a proteger diversos aspectos, como os sigilos espistolar, bancário, profissional, de Estado, de justiça militar, podendo ser classificado em segredo doméstico, profissional e das comunicações.

O segredo profissional diz respeito a fatos que alguém venha a tomar conhecimento em virtude de profissão ou de ofício, o que lhe impede a revelação, como é o caso do advogado, do médico, por exemplo, denominados de “confidentes necessários”. Pode-se dizer que o *know-how*, ou seja, o segredo industrial, relaciona-se com o segredo profissional, impedindo os seus conhecedores de divulgarem seu conteúdo a terceiros²⁸.

O segredo doméstico está relacionado à inviolabilidade do domicílio, prevista na Carta Magna, no art. 5º, XI²⁹, com o fim de preservar as atitudes mínimas das pessoas assumidas em sua habitação, local reservado para o exercício da vida privada. Sua violação é uma das hipóteses em que vários direitos da personalidade podem ser alcançados, como o direito à intimidade, ao segredo, à honra etc.

O direito ao segredo das comunicações refere-se às comunicações em âmbito geral, abrangendo, portanto, o direito aos sigilos epistolar, telefônico e telegráfico.

²⁶ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 262.

²⁷ Art. 153: “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa”.

²⁸ Art 154 do CP: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”. Art. 325 do CP: Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁹ Art. 5º, XI, da CF: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

A proteção ao segredo epistolar consiste no direito, tanto do autor, quanto do destinatário, de impedir a revelação do conteúdo de suas correspondências a terceiros. Na maioria dos casos, o maior interessado nesse sigilo é o autor, porém o destinatário também é interessado na manutenção do sigilo, uma vez que das correspondências se torna proprietário e responsável, no caso de epístola confidencial, por qualquer divulgação de seu conteúdo sem expressa autorização de seu remetente.

A interceptação da comunicação telefônica caracteriza-se quando terceiro, direta ou indiretamente (gravações que registram as falas para posterior escuta), escuta determinado diálogo o qual se desenvolve entre indivíduos, por meio de aparelho telefônico, sem os interlocutores, ou pelo menos um deles, conhecerem o fato da escuta.

A Constituição excepciona a inviolabilidade das comunicações telefônicas, estabelecendo sua interceptação por autoridade policial, mediante autorização judicial, com ou sem o conhecimento dos interlocutores.

Dessa forma, nossa legislação permite, sempre em situação de excepcionalidade a ser aferida pelo magistrado, que a polícia judiciária se utilize da interceptação telefônica e adentre na esfera íntima dos investigados.

CAPÍTULO II

A POLÍCIA JUDICIÁRIA

1. A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de adentrarmos no cerne deste tema, convém esclarecer qual o papel da polícia judiciária de acordo com a Constituição Federal.

A polícia judiciária é prevista pela Constituição Federal no Título V, que disciplina a defesa do Estado e das Instituições Democráticas, mais especificamente no Capítulo III, que trata da segurança pública. É, pois, uma das instituições criadas pelo legislador constituinte com o escopo de garantir e promover a segurança pública.

De forma sucinta, segurança pública é a manutenção da ordem pública interna, ou seja, consiste numa situação de preservação ou restabelecimento e uma pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir a prática de crimes, que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

Em sentido dinâmico, é uma atividade de vigilância, preservação e repressão de condutas delituosas.

A história constitucional brasileira está repleta de referências à segurança pública. Mas até a Constituição de 1988, não havia capítulo próprio, nem previsão constitucional mais detalhada, como agora se verifica. Por ter “constitucionalizado”, em detalhe, a segurança pública, a Constituição de 1988 se individualiza ainda no direito comparado, em que também predominam referências pontuais.

A constitucionalização traz importantes conseqüências para a legitimação da atuação estatal na formulação e na execução de políticas de segurança. As leis sobre segurança, nos três planos federativos de governo, devem estar em conformidade com a Constituição Federal, assim como as respectivas estruturas administrativas e as próprias ações concretas das autoridades policiais. O fundamento último de uma diligência investigatória ou de uma ação de policiamento ostensivo é o que dispõe a Constituição. E o é não apenas no tocante ao art. 144, que concerne especificamente à segurança pública, mas também no que se refere ao todo do sistema constitucional.

Devem ser especialmente observados os princípios constitucionais fundamentais – a república, a democracia, o estado de direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana –,

bem como os direitos fundamentais – a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança. O art. 144 deve ser interpretado de acordo com o núcleo axiológico do sistema constitucional, em que se situam esses princípios fundamentais.

O art. 144, da Constituição Federal, preceitua que:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A segurança pública é caracterizada pela Constituição como “dever do Estado” e como “direito e responsabilidade de todos”, devendo ser exercida para a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

As forças policiais são responsáveis pela prevenção e repressão ao crime e manutenção da ordem pública. As atividades desenvolvidas pelas corporações policiais encontram-se divididas em funções de polícia administrativa e polícia judiciária, sendo que seus integrantes praticam atos administrativos que podem ser denominados de atos de polícia.

O campo de atuação de cada força policial foi delimitado na Constituição Federal para se evitar conflitos de competência, que prejudicam os administrados. O esforço do legislador ao enumerar as atribuições de cada corporação policial não impediu a ocorrência de eventuais confrontos no exercício das atividades de segurança pública.

De acordo com Júlio Fabbrini Mirabete³⁰, “a *Polícia Judiciária é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual*”.

De acordo com Capez³¹, a polícia judiciária divide-se basicamente da seguinte forma:

a) quanto à exteriorização: pode ser ostensiva ou secreta;

b) quanto ao lugar de atividade: pode ser marítima, terrestre ou aérea;

c) quanto à organização: leiga ou de carreira;

d) quanto ao objeto:

- administrativa (ou de segurança): atua em caráter preventivo; objetiva impedir a prática de atos lesivos a bens individuais e coletivos, atuando com grande discricionariedade,

³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Código de Processo Penal interpretado*, 2. ed., Atlas, 1994, p. 35.

³¹ Capez, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72-73.

independentemente de autorização judicial. A polícia administrativa tem por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais.

- de segurança: que compreende a polícia ostensiva e a polícia judiciária. A polícia de segurança que, em sentido estrito, é a polícia ostensiva, tem por objetivo a preservação da ordem pública e, para tanto, pode aplicar as medidas preventivas que em sua prudência julga necessárias para evitar o dano ou o perigo às pessoas. O exercício da polícia ostensiva cabe à polícia militar de cada Estado.

Essas polícias militarizadas dos Estados são consideradas forças auxiliares do Exército e se subordinam, juntamente com as polícias civis, aos Governadores de Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Mas apesar de toda a vigilância, não é possível evitar o crime, sendo, pois, necessária a existência de um sistema que apure os fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes. Esse sistema envolve as atividades de investigação, de apuração de infrações penais, a indicação de sua autoria etc., a fim de fornecer elementos necessários ao exercício da função repressiva das condutas criminosas pelo Ministério Público, por meio de ação penal pública. É a polícia judiciária, que atua quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados. Possui finalidade de apurar as provas da existência das infrações penais e os indícios suficientes de autoria, a fim de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la. Cabe a ela a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado. É atribuída no âmbito estadual às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, sem prejuízo de outras autoridades (art. 144, § 4º, da CF); na esfera federal, tais atividades cabem, com exclusividade, à polícia federal (art. 144, §1º, IV, da CF).

2. O INQUÉRITO POLICIAL

Ao tratarmos da interceptação telefônica como um dos meios utilizados pela polícia judiciária para investigar infrações penais, desde que preenchidos todos os requisitos legais, é adequado que se comente sobre o inquérito policial, procedimento preliminar à ação penal, no qual poderão ser produzidas provas com o emprego da interceptação telefônica.

Ressalte-se que a lei não exige, conforme posicionamento de Luiz Flávio Gomes³², o “inquérito policial” instaurado como requisito para a autorização da interceptação pelo juiz,

³² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96, p. 209.

bastando haver investigação em curso. Porém, na maioria dos casos de investigações mais minuciosas, há o inquérito policial.

O inquérito policial está para a polícia judiciária, assim como o processo está para o magistrado. Pode se dizer que o inquérito, em sentido formal, é a materialização da atividade da polícia judiciária. No momento em que ocorre uma infração penal, nasce para o Estado o *jus puniendi*. No entanto, o Estado somente poderá exercer esse poder de punir de acordo com o *due process of law*, ou seja, através do que se chama de ação penal.

Ocorre que, para que seja possível a propositura da ação penal, o Estado deve dispor de um mínimo de elementos, para que se possa materializar o delito e conhecer sua autoria e o instrumento legal, embora não exclusivo³³ é o Inquérito Policial.

O inquérito policial é um procedimento preliminar, extrajudicial e preparatório para a ação penal, sendo, por isso considerado como a primeira fase da *persecutio criminis* (que se completa com a fase em juízo). Está disciplinado no Código de Processo Legal entre os arts. 4º e 23. Não é um procedimento meramente administrativo. É também peça informativa para a futura propositura de ação penal.

No inquérito policial, a autoridade policial tem liberdade probatória limitada, em virtude de que, alguns tipos de prova estão submetidas ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, dependem de ordem judicial específica e própria, como é o caso da busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), da interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e da decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI), devendo ser determinadas *ab initio* pelo Poder Judiciário.

2.1. Características do Inquérito Policial

Para um melhor conhecimento acerca das atividades exercidas pela polícia judiciária, é valido apresentar, de forma sucinta, alguns comentários sobre as características do inquérito policial, que possui um enorme valor probatório para a futura ação penal.

³³ Art. 144 CF. A segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) IV- Polícias Cíveis; (...)

§ 4º Às Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

2.1.1. Procedimento Escrito

Tendo em vista as finalidades do inquérito (apurar fato que configure infração penal e a respectiva autoria para embasar a ação penal ou as providências cautelares), não se concebe a existência de uma investigação verbal. Portanto, todas as peças do inquérito serão reduzidas a escrito e reunidas em um só processo, consoante art. 9º, do Código de Processo Penal³⁴. Evidentemente, não seria compatível com a segurança jurídica, tampouco atenderia à finalidade do inquérito policial, fornecer ao titular da ação penal os subsídios necessários à sua propositura, a realização de investigações puramente verbais sobre a prática de infração penal e sua autoria sem que, ao final, resultasse qualquer documento formal escrito.

2.1.2. Procedimento Sigiloso

De acordo com o art. 20, do CPP, “autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, garantido pelo art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, conforme o próprio texto normativo.

O sigilo não se entende ao representante do Ministério Público e nem à autoridade judiciária. O advogado pode consultar os autos do inquérito, mas caso seja decretado judicialmente o sigilo da investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais³⁵. Ademais, o sigilo do inquérito policial deverá ser observado como forma de garantia da intimidade do investigado, resguardando-se, dessa forma, seu estado de inocência.

Não se deve esquecer que milita em favor de qualquer pessoa a presunção de inocência enquanto não sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

Ademais, a divulgação da linha de investigação, dos fatos a serem investigados, das provas já reunidas etc. muito provavelmente atrapalharia sobremaneira o resultado final do inquérito. Nessa esteira, o art. 20 do CPP determina que: “*a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.*”

³⁴ Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

³⁵ Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIII a XV, e § 1º - Estatuto da OAB)

É interessante registrarmos que, em razão da presunção de inocência, o simples fato de uma pessoa possuir contra si um inquérito instaurado não pode ser mencionado pela autoridade policial na emissão de atestados de antecedentes. Entretanto, se o requerente do atestado possuir condenação penal anterior, poderá ser mencionado em seu atestado de antecedentes a instauração de inquérito. Essa regra consta literalmente do parágrafo único do art. 20 do CPP, como abaixo se lê:

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes à instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.900, de 14.4.1981).

2.1.3. Oficialidade

O inquérito policial é uma atividade investigativa que só pode ser executada por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo de um particular, ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido.

2.1.4. Oficiosidade

Corolário do princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) da ação penal pública. Significa que as atividades das autoridades policiais independem de qualquer provocação, sendo a instauração do inquérito obrigatória diante da notícia de uma infração penal³⁶, ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada³⁷.

No que concerne à instauração, todavia, somente haverá oficiosidade relativamente aos inquéritos instaurados para apuração de crimes sujeitos a ação pública incondicionada.

A instauração do inquérito, destarte, não pode ser efetivada de ofício nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça e nos de ação penal privada. Uma vez instaurado o inquérito, entretanto, os atos nele praticados o serão por iniciativa da autoridade competente, de ofício.

³⁶ Art. 5º, inciso I, do CPP: “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício(...)”.

³⁷ Art. 5º, §§ 4º e 5º, do CPP: “§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.”

O oficiosidade do inquérito policial é um de seus mais importantes atributos. Abaixo, transcrevo os dispositivos do CPP relacionados a essa característica:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
 I - de ofício;
 II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
 (...)
 § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.
 § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.
 (...)
 Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.
 (...)
 Art. 19. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

2.1.5. Autoritariedade

O inquérito é presidido por uma autoridade pública, no caso, a autoridade policial (delegado de polícia de carreira). Tal requisito é expressamente exigido pela Constituição Federal em seu art. 144, § 4º, que diz que: *“às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”*.

2.1.6. Indisponibilidade

Do princípio da obrigatoriedade decorre a indisponibilidade do inquérito policial, consequência de sua finalidade de interesse público. O inquérito é indisponível, ou seja, após sua instauração, não pode ser arquivado pela autoridade policial (CPP, art. 17), pois o ato envolve, necessariamente, a valoração do que foi colhido. Faltando a justa causa, a autoridade policial pode (aliás, deve) deixar de instaurar o inquérito policial, mas, uma vez instaurado, o seu arquivamento só será possível mediante decisão judicial, após provocação do Ministério Público, e de forma fundamentada, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art.28, do CPP). O juiz jamais determinará o arquivamento do inquérito sem a prévia manifestação do membro do Ministério Público (Constituição Federal, art. 129, inciso I); se o fizer, da decisão caberá correção parcial³⁸.

³⁸ Dec.-Lei nº 3/69, arts. 93 a 96.

A indisponibilidade representa um desdobramento da oficiosidade, ou seja, uma vez iniciado, o inquérito deve chegar à sua conclusão final, não sendo lícito à autoridade policial determinar seu arquivamento (art. 17 do CPP).

Mesmo quando o membro do Ministério Público requer o arquivamento de um inquérito policial, a decisão é submetida ao juiz, como fiscal do princípio da indisponibilidade, que, discordando das razões invocadas, deve remeter os autos ao chefe da Instituição (Ministério Público).

É o que estabelece o art. 28 do CPP, abaixo transcrito:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

2.1.7. Inquisitivo

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e de sua autoria.

Como consequência de sua natureza inquisitiva, não se pode opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito (art. 107 do CPP). Pelo mesmo motivo, a autoridade policial pode, a seu critério, indeferir os pedidos de diligências feitos pelo ofendido ou pelo indiciado (art. 14 do CPP).

Não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não há o que se falar em defesa. Diante disso, percebe-se que, no inquérito policial, predominam as atividades probatórias, a fim de embasar uma futura e eventual ação penal, tornando dissociada, desta fase, a figura do "acusado", existindo apenas o "indiciado".

Está consagrado, no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, a regra de que: *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados e, geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes"*.

O inquérito policial é um procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato criminoso. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em 'indiciado', e não em 'réu' ou 'acusado', expressões características do processo judicial penal.

Neste sentido:

Inquérito policial e contraditório: STJ - "O inquérito policial é mera peça informativa, destinada à formação da '*opinio delicti*' do *Parquet*', simples investigação criminal de natureza inquisitiva, sem natureza judicial.

(6.a T. - HC n.o 2.102-9/RR - rel. Min. Pedro Acioli - Ementário STJ, 09/691)

Assim, "não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo juiz".

(5.o T. - RHC n.o 3.898-5/SC - rel. Min. Edson Vidigal - Ementário STJ, 11/600).

O inquérito policial é assim, um procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato criminoso. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em 'indiciado', e não em 'réu' ou 'acusado', expressões características do processo judicial penal.

A ausência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial é doutrinária e jurisprudencialmente aceita. Por isso, afetado está o valor probatório da investigação policial, embora o tenha, mas tão-somente de valor relativo, por exatamente, ter seus elementos colhidos na ausência das garantias constitucionais em estudo, e completando Fernando Capez, "de um juiz de direito"³⁹.

Sendo, assim, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça "*para que seja respeitado integralmente o princípio do contraditório, a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração. Tal significa que, acaso não tipificada na fase judicial, a solução será absolver-se o acusado*". (RESP 93464/GO, 6º T, Relator Min. Anselmo Santiago, 28/05/1998).

Dessa forma, conforme reiterada jurisprudência de nossos tribunais, o inquérito policial é mera peça informativa destinada a embasar eventual denúncia e, uma vez que não é elaborado sob a égide do contraditório, seu valor probatório é bastante restrito. Não se admite que a sentença condenatória seja apoiada exclusivamente nos elementos aduzidos pelo inquérito policial, sob pena de se contrariar o princípio constitucional do contraditório. Como exemplo, pode-se citar a confissão extrajudicial, que somente terá validade como elemento de convicção do juiz se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual.

Na investigação, a prova está sujeita ao contraditório diferido ou postergado, já que a prova não é passível de impugnação por quem está sendo investigado, podendo este questioná-la somente na ação penal.

³⁹ Capez, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

Enfim, os princípios do contraditório e da ampla defesa não hão de ser observados no âmbito do inquérito policial. Conhece-se uma exceção à esta regra, ou seja, um tipo de inquérito no qual é admitido o contraditório e ampla defesa, qual seja, o inquérito instaurado pela Polícia Federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando a expulsão de estrangeiro (Lei nº 6815/80).

Não há mais que se falar em contraditório e inquérito judicial para a apuração de crimes falimentares (art. 106 da antiga Lei de Falências), uma vez que a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas aboliu o inquérito judicial falimentar e, por conseguinte, o contraditório, nesse caso (Lei nº 11.101/05).

Por fim, é pertinente lembramos que a ausência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, não implica em desobediência aos direitos e garantias fundamentais do indiciado, sob pena de responder criminalmente aquelas autoridades que as desrespeitam.

2.2. Procedimento

O inquérito policial, conforme o caso, pode ser instaurado de ofício por portaria da autoridade policial e pela lavratura de flagrante, mediante representação do ofendido, por requisição do juiz ou do Ministério Público e por requerimento da vítima.

O inquérito policial apresenta como destinatário imediato o titular da ação a que preceda, a saber:

- a) nas ações penais públicas: o Ministério Público, seu titular exclusivo;
- b) nas ações privadas: o ofendido, titular de tais ações.

O destinatário mediato do inquérito policial é o juiz, uma vez que o inquérito fornece subsídios para que ele receba a peça inicial e decida quanto à necessidade de decretar medidas cautelares.

O inquérito policial é presidido por um delegado de polícia de carreira. A competência administrativa desta autoridade é, como regra geral, determinada em razão do local de consumação da infração (*ratione loci*). Nada impede, entretanto, que se proceda à distribuição da competência em função da natureza da infração penal (*ratione materiae*), como ocorre em alguns Estados, onde existem delegacias especializadas na investigação de determinados crimes (roubos, homicídios etc.).

O território dentro do qual as autoridades policiais têm competência para desempenhar suas atribuições é denominado circunscrição (não se deve utilizar a expressão jurisdição, uma vez que as atribuições das autoridades policiais são exclusivamente administrativas).

Conforme o art. 22 do CPP, nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, e no Distrito Federal, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, ordenar diligências em circunscrição de outra, independentemente de precatórias ou requisições.

A lavratura do auto de prisão em flagrante deve ser realizada pela autoridade policial do lugar em que se efetivou a prisão, devendo, os atos subsequentes ser praticados pela autoridade do local em que a infração penal se consumou.

Uma observação importante é que, conforme exposto no início, os princípios constitucionais aplicáveis aos processos judiciais não são de observância obrigatória no que concerne à fase de inquérito policial (administrativa).

Em razão de a autoridade policial não possuir competência para processar, nem sentenciar, não está sujeito, o inquérito, à regra do art. 5º, LIII, segundo a qual *"ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"*.

O transcrito inciso LIII, do art. 5º da CF/88, desdobra-se em dois princípios, o princípio do promotor natural (ninguém será processado senão pelo promotor de justiça previamente indicado pelas regras legais objetivas) e o princípio do juiz natural (todos têm o direito de ser julgados pelo magistrado previamente investido segundo critérios legais objetivos).

Não se pode, entretanto, alegar a existência de um "princípio do delegado natural". Por esse motivo, nossa jurisprudência não tem considerado nulos os atos investigatórios realizados fora da circunscrição da autoridade policial. Conforme entendimento do STJ (6ª T., HC 6.418-PR), *"não há nulidade em o inquérito policial ser presidido por autoridade policial incompetente, nem possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante por esse motivo"*.

Sob o mesmo fundamento, o de ser o inquérito uma simples peça informativa destinada a embasar eventual denúncia, entendem nossos tribunais que os vícios por acaso verificados durante a elaboração do inquérito não contaminam a fase subsequente, da ação penal, ou seja, os vícios do inquérito não geram nulidades processuais.

2.2.1. Dispensabilidade do Inquérito Policial

Conforme se infere da leitura do art. 12 do CPP, é possível a apresentação da denúncia ou da queixa mesmo que estas não tenham por base um inquérito policial. Com efeito, este dispositivo assim reza: *"Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra."*

Outro dispositivo que permite concluirmos pela não obrigatoriedade do inquérito para a apresentação da denúncia é o art. 27 do CPP, transcrito: "*Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.*"

Mais explícito é o art. 39 do CPP, que, tratando da representação nas ações penais públicas condicionadas, traz, em seu § 5º, expresso o seguinte: "*§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias.*"

2.2.2. Previsão de Incomunicabilidade do Indiciado

O art. 21 do CPP traz uma regra que grande parte da doutrina considera não recepcionada pela CF/88. É o seguinte o teor deste dispositivo:

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de 3 (três) dias, será decretada por despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963). (Redação dada pela Lei nº 5.010, de 30.5.1966).

O mais forte argumento no sentido da não recepção deste dispositivo tem por base o art. 136, § 3º, IV, da CF, segundo o qual, na vigência do estado de defesa é vedada a incomunicabilidade do preso. Contudo, é admitida pela Polícia Federal e Estadual.

2.2.3. Instauração do Inquérito

A causa usual de instauração do inquérito é a *notitia criminis*. O CPP, entretanto, prevê formas específicas de comunicação para o início do inquérito policial, conforme a iniciativa da ação penal exigida para a infração correspondente seja pública incondicionada, pública condicionada à representação da vítima ou à requisição do Ministério da Justiça, ou privada.

O inquérito, portanto, pode ser iniciado:

- a) de ofício;
- b) mediante requisição;
- c) mediante requerimento do ofendido ou seu representante;
- d) a partir de delação, feita por qualquer do povo; e
- e) por auto de prisão em flagrante delito.

Conforme a iniciativa da ação penal correspondente à infração a ser apurada e a forma de início do inquérito, poderemos ter uma das seguintes peças inaugurais:

- a) Auto de prisão em flagrante: em qualquer espécie de infração penal;
- b) Portaria: nas ações públicas incondicionadas instauradas de ofício;
- c) Requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público: nas ações públicas incondicionadas ou nas públicas condicionadas, desde que, nestas últimas, a requisição esteja acompanhada da representação;
- d) Representação do ofendido: nas ações públicas condicionadas, quando a representação é feita diretamente à autoridade policial;
- e) Requisição do Ministro da Justiça: nos crimes de ação pública condicionada em que especificamente exigida essa requisição, adiante tratados;
- f) Requerimento do ofendido: na ação pública condicionada e na ação penal privada.

2.2.4. Instauração do Inquérito na Ação Penal Pública Incondicionada

O art. 5º, I, do CPP estabelece como regra geral que a instauração do inquérito seja feita de ofício nas ações públicas incondicionadas. A autoridade, tomando conhecimento da ocorrência do crime (cognição imediata) deve instaurar o procedimento destinado a sua apuração.

Outra possibilidade é a instauração do inquérito mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, conforme previsto na parte inicial do art. 5º, II, do CPP.

Ainda, pode-se instaurar o inquérito a partir de requerimento da vítima, como prevê a parte final do art. 5º, II, do CPP. O requerimento da vítima, diferentemente da requisição tratada no parágrafo precedente, pode ser indeferido pela autoridade policial, por exemplo, na hipótese de esta entender que o fato narrado não configura crime, pelo menos em tese (fato atípico).

O requerimento conterà sempre que possível (Art. 5º, § 1º, do CPP):

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de fazê-lo;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

Além do ofendido, qualquer pessoa do povo, ao tomar conhecimento da prática de alguma infração penal sujeita a ação pública incondicionada, poderá comunicá-la, verbalmente ou por escrito, à autoridade policial, que mandará instaurar o inquérito, caso sejam procedentes as informações (art. 5º, § 3º).

Por último, pode o inquérito ser instaurado pela prisão em flagrante delito, hipótese em que o auto de prisão será a primeira peça do procedimento.

A instauração do procedimento de inquérito é formalizada pela edição de uma portaria pela autoridade policial, na qual esta informa haver tomado ciência da prática do crime de ação penal pública incondicionada. Não será baixada portaria quando existir requerimento, requisição ou auto de prisão em flagrante, pois estes documentos constituem, eles próprios, a peça inicial do inquérito.

O inquérito não deverá ser instaurado nas hipóteses de:

- a) fato atípico;
- b) extinção de punibilidade;
- c) ser a autoridade incompetente para a instauração;
- d) não serem fornecidos elementos mínimos indispensáveis para as investigações;
- e) a pessoa a ser indiciada já haver sido absolvida ou condenada por aquele fato criminoso.

2.2.5. Instauração do Inquérito na Ação Pública Condicionada

O art. 5º, § 4º, do CPP, expressamente determina: "*§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.*"

Mirabete define a representação como um pedido-autorização em que o interessado manifesta o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, portanto, como medida preliminar, seja instaurado o inquérito policial.

Podem oferecer representação: a) o ofendido; b) o representante legal do ofendido; e c) o procurador com poderes especiais (art. 39, *caput*, do CPP).

A representação pode ser apresentada à autoridade policial, à autoridade judiciária ou ao representante do Ministério Público. A representação torna-se irretratável após o oferecimento da denúncia.

O art. 39 do CPP trata da representação, valendo transcrevê-lo:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este houver sido dirigida.

§ 2º A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

§ 3º Oferecida ou reduzida a termo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for.

§ 4º A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias.

Além das hipóteses em que a iniciativa da ação penal pública é condicionada à representação do ofendido, há casos em que a ação pública depende de requisição do Ministro da Justiça.

Nestas hipóteses, entre as quais se enquadram os crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil e os crimes contra a honra do Presidente da República, a instauração do inquérito policial também dependerá da requisição do Ministro da Justiça, a qual se constitui em um ato jurídico sem formalidades especiais, contendo as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

A requisição deve ser encaminhada ao chefe do Ministério Público o qual poderá, desde logo, oferecer a denúncia ou requisitar diligências à polícia.

2.2.6. Instauração do Inquérito Policial na Ação Penal Privada

Tratando-se de crime cuja ação penal seja de iniciativa privada, o art. 5º, § 5º, do CPP determina que a autoridade policial somente poderá proceder ao inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentar a ação.

O Código de Processo Penal, nos seus arts. 30 e 31, estabelece caber a iniciativa da ação privada ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo e, no caso de morte do

ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão

Nem mesmo a autoridade judiciária ou o Ministério Público podem, por iniciativa própria, requisitar a instauração da investigação nos crimes de ação penal privada.

Concluído o inquérito policial, seus autos serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado (CPP, art. 19).

2.2.7. O Indiciamento

O CPP não faz referência expressa ao ato de indiciamento, mas menciona o "indiciado" em diversos de seus dispositivos (art. 6º, V, art. 14, art. 15 etc.).

O indiciamento é a imputação a alguém, ainda na fase de inquérito policial, portanto, administrativa, da prática do ilícito penal.

Consiste, o indiciamento, em declarar alguém, que até aquele momento era um simples suspeito, como sendo o provável autor do delito que se está investigando. As investigações passam, então, a concentrar-se sobre a pessoa do indiciado.

A autoridade policial procede ao indiciamento quando, como o nome indica, há indícios razoáveis de autoria. Ainda segundo o autor, o indiciamento não é um ato discricionário, mas, sim, um ato administrativo vinculado, uma vez que inexiste liberdade da autoridade policial sobre indiciar, ou não, alguém contra quem haja indícios de autoria de fato delitivo (não há espaço para juízo valorativo da autoridade policial quanto à conveniência ou a oportunidade de indiciamento).

A autoridade policial deve proceder à identificação do indiciado mediante o processo datiloscópico, exceto se ele já houver sido civilmente identificado, conforme expressamente prevê a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVIII. Entretanto, a própria CF/88 admite, nos casos em que a lei preveja, a identificação criminal do civilmente identificado. Exemplo dessa possibilidade está na Lei nº 9.034/95 – Lei do Crime Organizado, a qual estabelece, em seu art. 5º, que *"a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil."*

Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial (art. 15 do CPP). O curador assistirá o indiciado no interrogatório e nos atos em que seja necessária a participação do indiciado, como acareações, simulações do delito, reconhecimento etc. O

curador poderá ainda, nos termos do art. 14 do CPP, requerer diligências, que serão realizadas, ou não, a juízo da autoridade policial.

A falta de nomeação do curador não torna nulo todo o inquérito e nem a ação penal subsequente, mas acarreta a nulidade de atos como a confissão do indiciado menor ou a sua prisão em flagrante.

2.2.8. Prazos para Finalização do Inquérito

O art. 10 do CPP estabelece os seguintes prazos para que a autoridade policial termine o procedimento de inquérito:

- a) 30 dias, contados do recebimento da *notitia criminis*, quando o indiciado estiver em liberdade (é a regra geral);
- b) 10 dias, contados a partir da data de execução da ordem de prisão, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente.

2.2.9. Encerramento do Inquérito

Concluídas as investigações a autoridade policial deve fazer um relatório detalhado de tudo o que foi apurado no inquérito, indicando as testemunhas que não foram ouvidas e as diligências não realizadas.

A autoridade não deve emitir opiniões ou qualquer juízo de valor sobre os fatos narrados, os indiciados, ou qualquer outro aspecto relativo ao inquérito ou à sua conclusão.

Concluído o relatório os autos do inquérito serão remetidos ao juiz competente, acompanhados dos instrumentos do crime e dos objetos que interessam à prova (CPP, art. 11). Do juízo, os autos serão remetidos ao órgão do Ministério Público, a fim de que este adote as providências que entender pertinentes.

CAPÍTULO III

PROVAS ILÍCITAS

1. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RELATIVOS À PROVA

Antes de adentrarmos nas discussões que permeiam a temática das provas ilícitas, assunto de relevância para compreendermos grande parte das discussões levantadas acerca da licitude da utilização das interceptações realizadas pela polícia judiciária, convém estabelecermos algumas considerações sobre os princípios que norteiam a matéria.

1.1. Princípio Dispositivo

O princípio dispositivo determina que pertence às partes a iniciativa de levar ao processo as alegações e o material probatório que serão utilizados pelo julgador para a formação do seu convencimento.

Os países que consagram de forma absoluta tal princípio vedam que o juiz, por exemplo, determine *ex officio* a produção de uma prova que entenda necessária e que não tenha sido requerida pelas partes, cabendo somente a elas o poder de trazer ao processo as provas que julgarem pertinentes.

Os adeptos deste entendimento entendem que há a exigência de preservar a imparcialidade do magistrado, que poderia ser quebrada, caso lhe fossem concedidos maiores poderes investigatórios⁴⁰.

O direito processual pátrio determina a iniciativa exclusiva das partes no que tange aos fatos alegados no processo, não se admitindo que o juiz profira a sentença com base em situação fática estranha à lide, adotando tal princípio.

De acordo com a antiga redação do art. 3º da Lei nº 9.034/95, o juiz poderia, de ofício, determinar a coleta de provas antes da denúncia, ou seja, na fase investigativa.

Com o julgamento da Adin nº 1.570-2, de 11.11.2004, não há mais essa possibilidade sendo necessária a provocação das partes para que seja autorizada pelo juiz a produção da prova.

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; et al. *Teoria Geral do Processo*. p. 64.

Interessante é que, na nova redação do art. 156, do Código de Processo Penal, parece que o legislador não se atentou para esse julgado, como se percebe da leitura do referido artigo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
 I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
 II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Certamente, este artigo, em breve, será objeto de questionamentos, e se for apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, este, provavelmente, manterá seu posicionamento, negando a possibilidade de determinação *ex officio* da coleta de provas.

Não obstante o texto do artigo 130, do Código de Processo Civil Brasileiro, em regra, incumbe à parte provar o fato por ela alegado, consoante regra do art. 333, do citado diploma legal, que enuncia o seguinte:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:
 I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
 II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, tanto o autor, a partir de sua petição inicial, quanto o réu, em sua defesa, possui o ônus de provar os fatos por elas alegados. Por exemplo, caso o réu apresente sua contestação tempestivamente limitando-se a negar o fato alegado pelo autor, o ônus da prova certamente incidirá sobre este, uma vez que cabe ao postulante demonstrar a veracidade do fato alegado na petição inicial.

Porém, se o requerido contestar a ação, afirmando fato capaz de elidir a situação fática invocada pelo requerente, certamente o ônus probatório recairá sobre aquele, com base na regra do artigo 333, II, do Código de Processo Civil Brasileiro⁴¹.

A palavra “ônus” não significa que a parte tenha obrigação de provar o fato por ela narrado, mas sim o encargo de tal providência, isso porque a inobservância de uma obrigação gera uma sanção, o que não ocorre com a parte que deixa de provar o fato por ela afirmado.

Tal entendimento é corroborado por Humberto Theodoro Júnior⁴², nos seguintes termos:

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 01, p.374.

⁴² Idem, p. 373.

No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

A respeito, invoque-se, ainda, a análise de Ovídio A. Baptista da Silva⁴³:

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes.

1.2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O artigo 5º, LV, da CF/88, preceitua que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Observa-se que o direito de defesa é garantido tanto ao autor como ao réu, existindo o direito das partes de alegarem fatos e de prová-los por meios lícitos.

O contraditório pode ser definido mediante a expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte), ensejando o aparecimento da dialeticidade processual.

Ao contrário do que ocorre no processo penal, onde é imperativa a ocorrência do contraditório efetivo, tanto que a confissão do acusado, isoladamente, não pode servir de base para a sua condenação, no processo civil é aceito o denominado contraditório virtual, no sentido de que é admitido que o juiz profira sentença condenatória baseada na revelia do réu⁴⁴.

A regra é de que o contraditório seja absoluto no processo de conhecimento, mas pode sofrer limitações em virtude da sumarização de mencionada ação judicial, como também nas ações de execução e cautelares.

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 01, p. 344.

⁴⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. p. 44.

No processo de execução, por exemplo, o executado tem direito de defesa por meio de embargos à execução, mas o contraditório não é pleno, uma vez que o Código de Processo Civil Brasileiro prevê um rol taxativo de circunstâncias em que ao executado é permitido embargar o processo executivo⁴⁵.

No âmbito do direito probatório, o contraditório manifesta-se na oportunidade que as partes têm para requerer a produção de provas, o direito de participarem diretamente de sua realização, bem como o direito de se pronunciarem a respeito do seu resultado. O princípio do contraditório necessita ser observado durante toda a fase instrutória do processo, sob pena de cerceamento de defesa e possível desconstituição da sentença com base em tal fundamento⁴⁶.

O princípio do contraditório relaciona-se intimamente com o princípio da comunhão das provas, segundo o qual a prova produzida, não importa quem a tenha requerido ao juiz, poderá ser avaliada, impugnada, interpretada por todas as partes, não só por quem a postula.

1.3. Princípio da Imediação

O juiz é o responsável pela direção do processo. Este poder que a lei lhe confere se depreende quando ele fixa prazos, declara a abertura ou o encerramento da audiência, oportuniza que as partes se manifestem acerca de documentos ou do laudo pericial, ouve os peritos e as testemunhas⁴⁷.

Em audiência, compete ao juiz proceder, direta e pessoalmente, à colheita das provas, consoante regra estabelecida no artigo 446, II, do Código de Processo Civil⁴⁸.

Em decorrência disso, deve ouvir as partes, seja em interrogatório ou em depoimento pessoal, inquirir as testemunhas, fazendo as indagações formuladas por ele ou pelos procuradores das partes, colher esclarecimentos do perito sobre o laudo pericial e do assistente técnico a propósito do parecer técnico. Este é o princípio da imediação⁴⁹.

Tendo em vista que as partes possuem como objetivo a produção de sua prova oralmente, existe a necessidade de que o juiz atue de forma imediata, colhendo a prova oral efetiva e pessoalmente.

O juiz deve ter relação direta com a prova oral, não admitindo, em hipótese alguma, que ela seja mediada por outra pessoa, como, por exemplo, deixar claro que os advogados não

⁴⁵ SILVA, Eduardo Silva da; et al. Teoria Geral do Processo. p. 174-175.

⁴⁶ SILVA, Eduardo Silva da; et al. Ob. Cit. p. 178-179.

⁴⁷ MIRANDA, Pontes de, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, p. 367.

⁴⁸ Art. 446. Compete ao juiz em especial: (...) II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas.

⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. p.400.

podem fazer perguntas diretamente às partes, ou seja, às testemunhas, aos peritos ou assistentes técnicos.

Conseqüentemente, é vedado o relato realizado em Tabelionato ou colhido por escrivães, secretários ou mesmo outro julgador que não seja o titular do processo. O objetivo do mencionado princípio é que o magistrado constate diretamente se a testemunha está falando a verdade, para que, posteriormente, tenha melhores meios para avaliar a prova oral⁵⁰.

Quando o juiz estiver colhendo a prova oral e já estiver convencido sobre os fatos relatados, não é recomendado que ele registre, na ata de audiência, sua impressão pessoal valorativa a respeito das declarações prestadas. É necessário observar que neste momento o magistrado está na fase instrutória do processo e somente deve emitir sua convicção pessoal sobre o relato testemunhal quando da prolação da sentença⁵¹.

Contudo, não há como observar o princípio da imediação em todos os casos que se apresentam no meio jurídico, sendo cabível a análise de suas exceções.

O modo mais freqüente de distanciamento do magistrado com a prova oral são as cartas, tanto a chamada carta rogatória, expedida quando a parte ou testemunha estiver domiciliada fora do país, quanto a carta precatória, emitida quando a parte ou testemunha resida em comarca diversa da localidade onde tramita o processo. Há quem diga que essa situação não configura uma exceção, e não há ofensa ao princípio da imediatidade, pois o que ocorre é uma transferência de competência de um juiz para outro.

Nessas situações, não será o juiz do processo quem realizará a oitiva das testemunhas ou o depoimento pessoal da parte, mas ele tem a possibilidade de remeter ao juízo deprecado perguntas que julgar relevantes. Tais indagações serão consideradas supletivas àquelas formuladas pelo magistrado que efetivamente colherá a prova oral⁵².

Outras duas hipóteses excepcionam o contato direto do juiz com a prova oral. A primeira é quando há necessidade de intérpretes para a oitiva de estrangeiros ou surdos-mudos.

A segunda situação ocorre na produção antecipada de provas, em que existe a importância de ouvir a parte ou testemunha antes da propositura da ação. A futura ação principal poderá ser distribuída a julgador diverso daquele que ouviu antecipadamente a prova

⁵⁰ PORTANOVA, Rui, *Princípios do Processo Civil*, p. 221-222.

⁵¹ *Idem*, p. 222.

⁵² PORTANOVA, Rui. *Ob. Cit.* p. 222-223.

oral. Todavia, nenhuma das exceções expostas tem o condão de esvaziar o sistema do princípio da imediação⁵³.

Pelo princípio do duplo grau de jurisdição, os processos sentenciados poderão ser reexaminados pela instância superior mediante recurso legalmente previsto. Nessas circunstâncias, os efeitos do princípio da imediação praticamente não ocorrem, uma vez que a prova oral foi produzida na fase instrutória do processo e não será renovada para o julgamento do recurso.

Não há, em regra, a oitiva de testemunhas ou o depoimento pessoal das partes na sessão onde será apreciado o recurso interposto. Isso tanto é verdade que, mesmo em se tratando de processos de competência originária dos Tribunais, é comum a delegação da oitiva de testemunhas a juízes de primeiro grau⁵⁴.

O princípio da imediação visa, em última análise, aproximar o magistrado da prova oral, para que no momento da prolação da sentença, tenha condições de chegar o mais próximo da verdade, propiciando uma decisão justa, devendo ser esta o ideal do Direito.

1.4. Princípio da Identidade Física do Juiz

O artigo 132 do Código de Processo Civil Brasileiro enuncia que “*o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor*”.

Este é o princípio da identidade física, relativamente ao fato de que o juiz responsável pela prova oral e finalizador da audiência de instrução e julgamento tem a obrigação de proferir a sentença. A exigência é no sentido de que apenas aquele que concluiu a audiência julgará a lide. O artigo 455 do referido diploma legal afirma que “*a audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo*”.

Por consequência, quem iniciou a audiência e, por algum motivo, suspendeu sua realização, designando-a para data posterior, não se vincula à prolação da sentença⁵⁵.

⁵³ PORTANOVA, Rui. Ob. Cit., p. 223.

⁵⁴ Idem, p. 224.

⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. p. 609.

Nelson Nery Júnior entende que, não obstante tenha o juiz concluído a audiência, não terá o dever de proferir a sentença se for afastado do órgão judicial por quaisquer dos motivos elencados no artigo 132 do Código de Processo Civil Brasileiro, consoante os termos abaixo:

4. Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc.)⁵⁶.

A observância do comando legal em exame é obrigatória pelo juiz, pois se trata de norma cogente, de interesse público. Salvo as exceções previstas no referido artigo, se a sentença for proferida por magistrado diverso daquele que concluiu a audiência de instrução e julgamento, tal decisão será reputada como absolutamente nula.

Certamente, o objetivo do princípio em análise diz respeito à maior probabilidade que terá aquele que colheu a prova oral e praticou atos de forma concentrada na audiência de decidir da maneira mais eficiente e justa⁵⁷.

O princípio da identidade física do juiz não tem aplicação em juízos coletivos, como o da Justiça do Trabalho, nas demandas em que não há lide, caso da jurisdição voluntária, bem como nos procedimentos documentais, sendo exemplo típico o mandado de segurança. Vários países reconhecem mencionado princípio em seus códigos de processo civil, podendo-se citar Portugal, Itália e México⁵⁸.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 consagrou o princípio da identidade física de maneira radical, tanto que caso um magistrado iniciasse a instrução do processo e fosse promovido, tinha o dever de retornar à comarca para dar prosseguimento à audiência de instrução e julgamento.

Após o advento da Lei 8.637/93, que deu nova redação ao artigo 132 do Código de Processo Civil Brasileiro, ocorreram mudanças na aplicação do princípio, já que a comentada norma legal trouxe expressamente exceções, como a convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria⁵⁹.

⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Ob Cit. p. 609.

⁵⁷ DALL'AGNOL, Antonio. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. 2. p. 143.

⁵⁸ PORTANOVA, Rui. Ob. Cit. p. 241-242.

⁵⁹ Idem, p. 243.

O melhor é que o julgador mais presente e atuante no encadeamento dos atos processuais certamente disporá das melhores condições de observar outro princípio processual relevante, o do livre convencimento motivado⁶⁰.

1.5. Princípio do Livre Convencimento Motivado

Primeiramente, cabe remeter à existência, no direito processual, de três grandes sistemas de avaliação da prova: o sistema da prova legal ou tarifada, o da livre apreciação e o do livre convencimento motivado ou também denominado pelos doutrinadores de sistema da persuasão racional.

O critério da prova legal ou tarifada considera que cada prova possui um valor previamente preconizado em lei, não sendo admissível sua valoração conforme impressões próprias.

Deve, o juiz, observar os exatos termos da lei quando da avaliação do conjunto probatório. Em decorrência disso, conquanto a prova produzida na ação judicial não demonstre a verdade e a lei lhe atribua valor, o magistrado precisa decidir com base nela, desconsiderando totalmente os fatores racionais que poderiam formar seu convencimento. Esse sistema de avaliação da prova foi muito utilizado no direito medieval, onde o valor da prova testemunhal era previsto em lei e o julgador estava vinculado a observá-lo.

Por exemplo, o depoimento de um servo jamais tinha o mesmo peso que o de um nobre. Porém, a declaração realizada por dez servos correspondia à de um nobre ou senhor feudal, embora o juiz tivesse certeza de que o depoimento prestado pelo servo era o verdadeiro⁶¹.

No sistema da livre apreciação da prova, o juiz é totalmente livre para formar seu convencimento acerca dos fatos, porque pode utilizar suas convicções pessoais, ainda que não decorram logicamente das provas e dos fatos constantes do processo.

Caracteriza-se este sistema como o oposto do critério da prova legal, uma vez que o magistrado não tem a obrigação de observar previsões legais valorativas atinentes à prova⁶².

Porém, é relevante o alerta dado quanto ao perigo pela opção ao critério da livre apreciação da prova, *ipsis literis*:

⁶⁰ PORTANOVA, Rui. Ob. Cit. p. 243.

⁶¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ob. Cit. p. 348-349.

⁶² Idem, p. 349-350.

No segundo, ao contrário, ao juiz se entrega poder arbitrário, porquanto, não apenas não se lhe limita o exame, podendo inclusive lançar mão de seu conhecimento privado, como se o dispensa de motivação. É o julgamento *secundum conscientiam*, de que serve como exemplo, hoje, e em nosso sistema processual penal, o que realiza o jurado. Exatamente porque de consciência, do julgamento se poderia demitir, *‘jurando sibi non liquere’*.⁶³

Os sistemas probatórios modernos não utilizam o critério da prova legal, tampouco o da livre apreciação da prova. Existe a preferência por um modelo misto, chamado de livre convencimento motivado ou da persuasão racional, baseado em características dos dois tipos acima referidos.

O direito processual brasileiro, no que tange à avaliação da prova, optou pelo princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, conforme se depreende dos termos do artigo 131 do Código de Processo Civil pátrio, que determina que: *“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”*.

O julgador brasileiro, como regra, não está adstrito à lei no que se refere à valoração da prova, assim como não tem liberdade total para apreciá-la, porque há a condição de que se limite a observar os elementos probatórios pertencentes ao processo. Ademais, o artigo 93, IX, da CF/88, exige decisão fundamentada do magistrado, *in verbis*:

Artigo 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

O Superior Tribunal de Justiça, em várias decisões, suscitou a vigência do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional no sistema processual brasileiro, como também aduziu seu significado:

CRIMINAL. RMS. BUSCA E APREENSÃO. PROVA ILÍCITA. ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA DE PRONTO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. LEGALIDADE DA DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

O mandado de segurança constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como as alegações de que a decisão que determinou a busca e apreensão na residência de no escritório do

⁶³ DALL’AGNOL, Antonio. Ob. Cit. p. 137.

recorrente estaria fundamentada exclusivamente em prova ilícita, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade. A busca e apreensão, como meio de prova admitido pelo Código de Processo Penal, deverá ser procedida quando houver fundadas razões autorizadoras a, dentre outros, colher qualquer elemento hábil a formar a convicção do Julgador. Não há qualquer ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão na residência de no escritório do recorrente, se esta foi proferida em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado, visando a assegurar a convicção por meio da livre apreciação da prova. Não obstante ser cabível a utilização de mandado de segurança na esfera criminal, deve ser observada a presença dos seus requisitos constitucionais autorizadores. Ausente o direito líquido e certo, torna-se descabida a via eleita. (ROMS nº 7691/DF, STJ, 5ª T, Rel. Min. Gilson Dipp, D.J. 03.06.02, negado provimento, unânime).

PROCESSO CIVIL. SENTENÇA. MOTIVAÇÃO. LAUDO PERICIAL. NÃO-ADSTRICÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CULPA E NEXO CAUSAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. ENUNCIADO N.7 DA SÚMULA/STJ.RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

I - Inadmissível em nosso sistema jurídico se apresenta a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra. O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico.

II - Nos termos do artigo 436, CPC, “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”, sendo certo, ademais, que o princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico. III - Para fins de pré-questionamento, é indispensável que a matéria seja debatida e efetivamente decidida pelo acórdão impugnado, não bastando que o Colegiado “mantenha” a sentença por seus próprios fundamentos.

IV - O recurso especial não é a via apropriada para reexame de fatos e provas dos autos, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ. (RESP nº 400977/PE, STJ, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 03.06.02, não conhecido, por maioria).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LIVRE CONVENCIMENTO. REEXAME DAS PROVAS. VEDAÇÃO. ENUNCIADO 7/STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CARÁTER INFRINGENTE. CPC, ARTIGO 535. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

Estando bem fundamentado o acórdão recorrido, prevalece o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado forma sua convicção a partir das provas, da legislação pertinente, da jurisprudência, sem estar vinculado às alegações de qualquer das partes. (AGA nº 405610/SP, STJ, 3ª T, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, D.J. 25.02.02, negado provimento, unânime)

“HABEAS CORPUS. TESTEMUNHA. ARTIGO 208 DO CPP. COMPROMISSO. O deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-Lo, a teor da letra do artigo 208, última parte, do Código de Processo Penal, não vicia a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois, não encerrada a instrução e dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorístico, atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação, nisto residindo, como, aliás, assevera, na exposição de motivos do Código de Processo Penal, do Ministro FRANCISCO CAMPOS, “a suficiente garantia do direito das partes...”. (HC nº 11896/RJ, STJ, 6ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, D.J. 21.08.00, denegada a ordem, unânime).

A propósito do mencionado princípio, importante comentário foi feito por Nelson Nery Júnior:

2. Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.⁶⁴

Correto afirmar, então, a exigência de motivação em todas as decisões judiciais, ou seja, deve ocorrer a apresentação dos fundamentos pelos quais se está decidindo daquele modo. Além disso, não é apenas o Código de Processo Civil Brasileiro que adota, expressamente, o princípio do livre convencimento motivado (artigo 131), mas também o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 157, dispondo que “*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova*”.

Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, alude que a sentença precisa ser motivada, pois a observância desta exigência é garantidora da segurança contra os abusos ou excessos, os erros de apreciação.

2. A PROVA ILÍCITA

2.1. A Prova como um Direito do Cidadão

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reputa o direito constitucional de ação e direito à prova como garantias fundamentais do cidadão⁶⁵.

Em consequência deste direito constitucional de ação, o cidadão pode demandar judicialmente, postulando ao Estado-Juiz que lhe seja entregue a proteção pertinente ao seu direito. O direito à prova é uma decorrência lógica do direito constitucional de ação. O cidadão, ao requerer a tutela jurisdicional, necessita apresentar as provas preexistentes ao ajuizamento do processo e postular a produção de outras cabíveis.

Como bem apanhado por Kenny e Rios, “*a parte deve se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados para influenciar no convencimento do Juiz. A prova é para o processo e a demonstração dos fatos gera uma sentença mais justa e adequada*”.⁶⁶

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Ob Cit. p. 608.

⁶⁵ KENNY, Kellyanne; RIOS, Taiana. Das Provas Ilícitas no Processo Civil. In: unifacs.br.

⁶⁶ Idem.

Portanto, pode-se afirmar a relevância da prova no âmbito do direito processual civil e penal, porque é por meio dela que o Juiz forma seu convencimento acerca da procedência ou não da pretensão deduzida.

A propósito do assunto, cabe aludir o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira, *in verbis*:

No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, a simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo. Abarca série extensa de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição. Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.⁶⁷

A finalidade da prova é convencer o juiz da veracidade dos fatos narrados na exordial ou refutados pela defesa e, por consequência, pode-se dizer que ele é o destinatário da prova.

A prova, em regra, passa por três momentos distintos: da proposição, da admissão e da produção. Este é o posicionamento de Moacyr Amaral Santos, consoante abaixo consignado:

Alguns autores não separam o momento da admissão dos dois outros momentos da prova – a proposição e a execução, ou produção, - uns integrando-o naquele, uns conhecendo-o como parte deste (...) Contudo, não parece haver dúvida que a admissão é distinta da proposição e da produção. Basta considerar-se que aquela é ato do juiz, com exclusividade, enquanto que a proposição, geralmente, é ato da parte e na produção atuam, regra geral, aquele e esta. Além do que, não se faz suficiente a simples proposta da prova para que se dê a sua produção. Esta só se verifica quando ordenada, admitida, pelo juiz.⁶⁸

É o que ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal e pericial, as quais devem ser propostas pelas partes, cabendo ao juiz a apreciação de sua admissibilidade e, caso deferidas, devem ser produzidas.

No primeiro caso, a prova será produzida em audiência, com o comparecimento dos depoentes previamente arrolados. No segundo, dependendo da natureza do fato a ser apreciado, será produzida com a nomeação de um perito de confiança do juízo que, depois de esgotado o prazo concedido aos litigantes para apresentarem quesitos e indicarem assistentes técnicos, irá investigar, detalhadamente, o fato objeto da perícia.

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas. Revista Trimestral de Direito Público, p. 216.

⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial, p.253-254.

Posteriormente, *o expert* apresentará nos autos do processo o denominado laudo pericial, no qual constará a análise feita acerca do fato, com as respostas aos quesitos formulados pelos litigantes e a conclusão. Há exceções de provas que não seguem ordenadamente os três momentos anteriormente mencionados. Quando a parte autora, ao ajuizar a demanda judicial, e o réu, ao protocolar sua defesa, apresentarem prova documental, consoante regra estabelecida no artigo 396 do Código de Processo Civil Brasileiro, ela será incorporada de imediato no processo quando do seu deferimento.

Não são todos os fatos que precisam ser provados, conforme preceitua o artigo 334 do citado diploma legal, *in verbis*:

Não dependem de prova os fatos:

- I – notórios;
- II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- III – admitidos, no processo, como incontroversos;
- IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Não obstante a regra processual a propósito do ônus da prova, como também a garantia constitucional do direito à prova, esta capaz de efetivar o acesso à justiça, tal direito não pode ser reputado absoluto, como, aliás, nenhum direito ou princípio é irrestrito.

Este foi o alerta dado por José Carlos Barbosa Moreira, ao insurgir-se no particular:

Por outro lado, convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar às últimas conseqüências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio. Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da Justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.⁶⁹

Em vista da relativização da garantia constitucional do direito à prova, origina-se o debate acerca de um dos temas mais polêmicos da atualidade, qual seja o da prova ilícita ou, também denominado, provas obtidas por meios ilícitos. Há, a respeito de aludido assunto polêmico, três correntes doutrinárias que serão objeto de análise em tópico próprio.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. Cit. p. 217.

2.2. Conceito de Prova Ilícita

Não existe, no Brasil, um conceito único acerca da prova ilícita ou prova obtida por meio ilícito, divergindo os autores a propósito do seu significado. Por exemplo, a prova ilícita pode ser conceituada no sentido lato ou no sentido restrito. No sentido lato, abrange não apenas as provas que afrontam a Constituição, como também as contrárias às leis ordinárias e aos bons costumes. Em sentido restrito, dizem respeito àquelas ofensivas às disposições legais e constitucionais.⁷⁰

O jurista Ovídio A. Baptista da Silva torna evidente não fazer distinção entre a prova ilícita e a ilegítima, considerando-as uma só, quando afirma que *“A doutrina moderna, tanto no campo do processo penal quanto no domínio do processo civil tem dedicado atenção especial ao problema das provas ilegítimas ou provas obtidas por meios ilegítimos.”*⁷¹

A posição da maioria dos autores brasileiros é no sentido de diferenciar a prova ilícita da ilegítima, conforme constatado abaixo:

Prova ilícita é toda aquela que ofende o direito material. Há atualmente uma confusão entre prova ilegítima e prova ilícita, mas não devem ser confundidas, apesar de ambas não serem aceitas pelo nosso direito processual, pois a prova ilícita fere o direito material enquanto a prova ilegítima o direito processual. (...) Enfim, prova ilícita consiste na prova obtida por meios não aprovados pela legislação pátria ou meios que contrariam direitos zelados por alguma legislação, seja ela ordinária, complementar, carta magna etc.⁷²

Este entendimento é corroborado pela decisão abaixo consignada:

PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO, ESCUTA E GRAVAÇÃO, TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENCOBRIMENTO DA PRÓPRIA TORPEZA. COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM PAGAMENTO. VERDADE PROCESSUALIZADA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1 – Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade a utilização do princípio da proporcionalidade.

2 – O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A lei nº 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A

⁷⁰ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. p.85.

⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ob. Cit. p.355.

⁷² SANTOS JÚNIOR, Aldo Batista dos. Da Prova Ilícita. In: neofito.com.br.

aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada.

3 – A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina a proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros.

4 – A prova testemunhal, ainda que indiciária, corrobora a existência do negócio jurídico havido entre as partes. (Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, Data do julgamento 09.12.2002, negado provimento, unânime)

Prova ilícita é a colhida com violação de normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana.

Também se refere ao direito penal, civil e administrativo, áreas onde já se encontram definidos direitos ou cominações legais passíveis de se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros.

O direito material estabelece sanções próprias para a violação de suas normas, tomando-se, como exemplo, o caso da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, que possuem penas cominadas no Código Penal.⁷³

Nelson Nery Júnior também considera a prova ilícita quando sua proibição for de natureza material, diferenciando-a da prova ilegal, que será sempre aquela violadora do ordenamento jurídico como um todo, compreendendo leis e princípios gerais, quer sejam de natureza material ou meramente processual.⁷⁴

A prova ilegal é gênero das espécies provas ilícitas e provas ilegítimas, pelo fato de que abarca tanto a violação de natureza material (prova ilícita), quanto a violação de natureza processual (prova ilegítima).

2.3. Correntes Doutrinárias sobre sua Admissibilidade

Importante aspecto diz respeito à questão de se admitir a prova ilícita como válida e eficaz no ordenamento jurídico de cada país, existindo três correntes doutrinárias, que serão abaixo nominadas e analisadas.

⁷³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. p.44.

⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Ob Cit. p. 832.

2.3.1. Teoria Obstativa

A teoria obstativa pode ser entendida como aquela que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, pouco importando a relevância do direito em debate.

Isso significa que a aludida teoria apóia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, reputando-se assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente nas Constituições assecutorias de um critério extenso quanto ao reconhecimento de direitos e garantias individuais.⁷⁵

Os defensores da teoria obstativa sustentam, conforme Francisco das Chagas Lima Filho, que “*a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados.*”⁷⁶

De acordo com esta teoria, o direito não deve proteger alguém que tenha infringido preceito legal para obter qualquer prova, com prejuízo alheio. Nestes casos, o órgão judicial tem o dever de ordenar o desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, não lhe reconhecendo eficácia.

2.3.2. Teoria Permissiva

Já segundo a teoria permissiva, a prova obtida ilicitamente deve sempre ser reconhecida no ordenamento jurídico como válida e eficaz.

Em todos os casos, deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter o condão de retirá-la o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do Julgador. Não obstante a validade e eficácia de aludidas provas, o infrator ficará sujeito às sanções previstas pelo ilícito cometido.⁷⁷

Ademais, para esta teoria, a prova obtida ilicitamente precisa ser aceita válida e eficazmente no processo por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo. Significa dizer que o infrator será penalizado pela violação praticada, mas o teor do elemento probatório deverá contribuir para a formação da convicção do magistrado.

⁷⁵ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro. p.81.

⁷⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Provas ilícitas. Repertório IOB de Jurisprudência nº 14/98. p. 294.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. Cit. p. 217.

2.3.3. Teoria Intermediária

Entre a teoria obstativa e a teoria permissiva, surgiu a intermediária, a qual não defende nenhum dos dois extremos, ou seja, nem a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria obstativa), tampouco a admissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria permissiva). É o chamado princípio da proporcionalidade, que necessita, primeiramente, do exame da sua evolução.

A idéia de proporção já existia nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental e tinha a conotação de direito, assemelhando-se muito a essa noção.

Na Antiguidade, encontra-se o pensamento voltado ao princípio da proporcionalidade, no qual o direito deveria possuir alguma utilidade. Essa ótica de direito como uma utilidade também foi bastante difundida entre os juristas romanos, entre eles, Ulpiano. Modernamente, o conceito do denominado utilitarismo está presente no pensamento teleológico de Jhering, materializado na obra “*Zwed im Recht*” (Finalidade no Direito), onde surgiu a “jurisprudência dos interesses”, que, mais tarde, ensejou a criação da “jurisprudência das valorações”, atualmente dominante no ordenamento jurídico alemão.

No que tange ao aspecto moral, os antigos gregos compreendiam que seu comportamento deveria ser baseado na idéia de proporcionalidade como padrão do justo.

Tal noção foi realmente consolidada por Aristóteles, mediante o conceito de “justiça distributiva”, onde a partilha dos encargos e recompensas tinha que ser realizada de acordo com a posição ocupada pela pessoa na comunidade e pelos serviços ou desserviços que tenha prestado.

Assim, a proporcionalidade permaneceu forte em todo o pensamento jurídico-filosófico, como em Aristóteles, Dante, Hugo Grócio e outros.

Nos séculos XVIII e XIX, a conceituação de proporcionalidade guardou relação com as limitações administrativas da liberdade individual, sendo acolhida pela Teoria do Estado.⁷⁸

O termo “proporcional” (*verhältnismässig*), utilizado por Von Berg em 1802, ganhou relevância na esfera do Direito Administrativo, quando foi aventada a possibilidade da ocorrência da limitação da liberdade em virtude do exercício do poder de polícia. Tendo em vista a proibição de a força policial ultrapassar o limite estritamente necessário e exigível para a realização de sua finalidade, Wolzendorff criou o Princípio da Proporcionalidade entre os Meios e os Fins (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*). Durante a primeira metade do século

⁷⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ob. Cit. p.58-60.

passado, a aplicação de mencionado princípio restringiu-se ao Direito de Polícia do Direito Administrativo.⁷⁹

O princípio da proporcionalidade desempenhou um papel importante na Alemanha, no período pós-II Guerra Mundial que, rompendo-se com a ancestral tradição da *civil law*, foram reunidas possibilidades para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, amparada nos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental Alemã.

A jurisprudência alemã, além de aplicar causas de justificação como a legítima defesa e o estado de necessidade, admitia exceções à proibição genérica de admissibilidade das provas ilicitamente obtidas, sob o fundamento de realização de exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela.

Chega-se, neste momento, ao princípio da *Güterund Interessenabwägung* (ou seja, o princípio do balanceamento dos interesses e dos valores) e, de forma reflexa, ao *Verhältnismässigkeitsprinzip* (ou seja, o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida).⁸⁰

Outra questão de relevância é que os Tribunais Alemães, entre eles o *Bundesgerichtshof*, têm recomendado a aplicação do princípio da proporcionalidade para a correta solução dos casos relacionados às provas obtidas de forma ilícita.

Por exemplo, no ano de 1970, o referido Tribunal Alemão, em sede de ação de divórcio, entendeu que o interesse em provar fatos específicos em juízo não poderia ter o condão de justificar a indevida invasão da esfera pessoal de um indivíduo.

Este julgamento não contou com boa parte da doutrina, sendo que alguns firmaram que a Corte Julgadora Alemã incorreu em erro na individuação dos valores alanceados. Isso tanto é verdade que, no caso sob comento, não se tratava de contrapor o direito da personalidade de um dos litigantes ao interesse objetivo à descoberta da verdade, mas balancear o direito de um dos cônjuges com o direito do outro, pois, se um pretendia ser protegido contra a invasão indevida na sua esfera de intimidade, o outro tinha um direito igualmente respeitável à dissolução do casamento.

Neste caso judicial, assim como em outros, estão contrapostos dois direitos dignos de tutela, e é neste aspecto peculiar que se fala no princípio da proporcionalidade, concretizado por meio do balanceamento dos valores em jogo.⁸¹

⁷⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ob. Cit., p.60.

⁸⁰ Idem, p.67-68.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARTIGO, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. p.174-175.

Atualmente, a maioria dos autores brasileiros filia-se a esta teoria. Kellyanne Kenny e Taiana Rios explicam o significado e a relevância na apreciação do Julgador do princípio da proporcionalidade frente às provas ilicitamente obtidas, *ipsis literis*:

O princípio da proporcionalidade se coaduna com a tese intermediária, ou seja, nem deve aceitar todas as provas ilícitas, nem proibir qualquer prova pelo fato de ser ilícita. Deve haver uma análise de proporcionalidade de bens jurídicos. Podendo-se ofender um direito através da prova ilícita se o outro direito for de maior importância para o indivíduo, para que ocorra a prestação de uma tutela mais justa e eficaz.⁸²

O Superior Tribunal de Justiça, a respeito da licitude da prova, aplicou o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE."HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.
3. Precedentes do STF. (RHC nº 7216/SP, STJ, 5ªT, Rel. Min. Edson Vidigal, D. J. 25.05.98, por unanimidade, negar provimento).

Há dois pontos que precisam ser apreciados sob a ótica do princípio da proporcionalidade. O primeiro ocorre quando o direito de maior relevância for o violado.

Neste caso, tal direito deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, a prova ilicitamente obtida não deverá ser aceita. O segundo acontece no momento em que o direito oriundo da prova ilicitamente obtida possuir maior relevância que o direito violado pela ilicitude na obtenção da prova. Neste caso, a prova ilícita deverá ser aceita válida e eficazmente.

Em decorrência disso, é indubitável que o princípio ou teoria da proporcionalidade exige que sejam sopesados os interesses e direitos postos em questão, predominando o de maior relevância.

Porém, com certeza não é fácil o papel do Julgador quando da valoração desses direitos colocados em confronto, já que ambos possuem pesos distintos conforme a situação concreta que se apresentam.

⁸² KENNY, Kellyanne; RIOS, Taiana. Ob. Cit.

Para que o juiz tenha possibilidade de saber se é cabível a utilização da prova, ele deverá fixar uma prevalência axiológica de um dos bens, quando comparado com outro bem, de acordo com os valores existentes no momento da apreciação.

No entanto, não se trata de realizar um cotejo valorativo abstrato dos bens em confronto, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade tem como exigência a ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo em determinada situação.⁸³

2.4. A Prova Ilícita por derivação no Direito Comparado

Questão atual e importante diz respeito à chamada prova ilícita por derivação, casos em que a prova deriva de outra obtida ilicitamente, isto é, provas que são lícitas em si mesmas, mas que são oriundas de alguma informação extraída de outra ilicitamente colhida.

São os casos, por exemplo, da confissão colhida por meio de tortura, em que o réu afirma o local onde se encontra o produto do crime, que vem a ser posteriormente apreendido, e a interceptação telefônica clandestina, na qual o órgão policial descobre uma testemunha do ocorrido, que, após seu depoimento, incrimina o acusado.⁸⁴

A prova ilícita por derivação é conhecida como a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*the fruit of poisonous tree*), criada pela Suprema Corte norte-americana, onde o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

A Suprema Corte norte-americana entende que as provas serão ilícitas quando obtidas por agentes públicos estaduais ou federais, por serem reputadas inconstitucionais consoante a IV Emenda. Esta emenda tutela os direitos individuais dos cidadãos, como também dispõe acerca das garantias fundamentais contra a ingerência do Estado na esfera particular do indivíduo. Não se permite que o Estado interfira no âmbito particular do cidadão, visto que a IV Emenda é considerada uma forma de proteção do particular contra atos abusivos dos agentes estatais.⁸⁵

Entretanto, pode-se afirmar que a doutrina dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, tanto que o Direito americano, criador da referida doutrina, reconheceu quatro exceções, ou limitações, na Jurisprudência.

A primeira limitação é a chamada “Limitação da Fonte Independente” (*The Independent Source Limitation*), que foi aplicada no caso *Silverthorne*, em que os fatos

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARTIGO, Sérgio Cruz. Ob. Cit. p.176.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades no Processo Penal. p. 116

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARTIGO, Sérgio Cruz. Ob. Cit. p.179-180.

apurados através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que tivessem condições de serem provados por uma fonte independente. A exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada também foi invocada pela Suprema Corte norte-americana nos casos “*Bynum v. US*” e “*US v. Crews*”, no sentido de que a obtenção da prova mediante fonte independente não sofreria a influência da violação regulada na IV Emenda, tendo perfeitas condições de ser utilizada, por não estar diretamente ligada com a árvore.⁸⁶

Outro episódio aconteceu no caso “*Murray v. US*”, de 1988, quando a polícia possuía indícios suficientes para conseguir um mandado de busca, motivada pela possibilidade de ocorrência do delito de contrabando.

Porém, ilegalmente, procedeu à busca carecendo do necessário mandado, encontrando o corpo de delito no local. A polícia retirou-se do local da busca e, sem fazer menção ao que foi encontrado, obteve do Magistrado um mandado calcado apenas nos indícios previamente conhecidos.

Posteriormente, de posse do necessário mandado, a polícia realizou a busca e apreendeu o contrabando. Nesta decisão, a maioria da Corte manifestou-se afirmando a necessidade da prova de que o mandado não havia sido requerido com base no que foi encontrado ilegalmente, mas apenas pelos indícios anteriores à diligência ilegal.

O Tribunal salientou que, em sentido contrário, estaria se reconhecendo uma relação de dependência e a limitação não poderia ser aplicada. A decisão não foi unânime, já que alguns julgadores pugnaram a fundamentação da *exclusionary rule*, dizendo que o reconhecimento da limitação por fonte independente poderia encorajar policiais a primeiro constatar ilegalmente o crime, para somente depois requerer, se ainda oportuno, o mandado, o que ensejaria sucesso em todos os casos. Contudo, tal fundamentação não prevaleceu, e a analisada limitação foi aplicada.⁸⁷

Caso bastante interessante também foi o “*Segura v. US*”, de 1984. Policiais sem mandado entraram e permaneceram por horas na residência de um acusado, tempo em que o mandado estava sendo providenciado, com base em informações obtidas anteriormente ao ingresso ilegal na mencionada residência.

A Suprema Corte norte-americana, em maioria, aplicou a limitação da fonte independente, argumentando que as provas não possuíam correlação direta à ilegalidade

⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. Revista da Ajuris nº 66, março de 1996. p. 76-77.

⁸⁷ KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. p. 77.

realizada, mas ao mandado obtido perante o magistrado competente, sem qualquer tipo de conexão.⁸⁸

É necessário o exame cuidadoso para o reconhecimento da “Limitação da Fonte Independente” (*The Independent Source Limitation*), em vista da exigência da demonstração cabal de que a prova a ser valorada pelo julgador originou-se de uma fonte autônoma, sem qualquer relação de dependência com a prova ilícita.

Caso não fique evidenciado no processo que a prova nasceu de uma fonte independente, deverá ser aplicada a doutrina da inadmissibilidade da prova derivada, sob pena de burlar facilmente tal proibição.⁸⁹

A segunda exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada é a denominada “Limitação da Descoberta Inevitável” (*The Inevitable Discovery Limitation*), significando que a prova decorrente de uma violação constitucional, como a IV Emenda, poderia ser aceita desde que pudesse, inevitavelmente, ser descoberta por meios jurídicos.

Não se trata de saber se a prova foi ou não obtida com abstração da árvore venenosa, pois, neste caso, a prova a ser admitida no processo é inconstitucional. Em decorrência disso, é indispensável avaliar se, mesmo sendo inconstitucional, tal prova seria hipoteticamente descoberta por meios jurídicos disponíveis.

No caso “*Nix Vs. Williams*”, de 1984, ficou estabelecido que a análise hipotética da descoberta da prova por meios jurídicos não pode se basear em meras conjecturas. No caso em apreço, a Suprema Corte expôs que é ônus da acusação provar que a informação ilegalmente obtida seria, inevitavelmente, adquirida por outros meios legais, reclamando fatos concretos, passíveis de pronta verificação.⁹⁰

A terceira exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada é a chamada “Limitação da Descontaminação” (*The Purged Taint Limitation*), segundo a qual, não obstante ilícita a prova, poderá ocorrer no processo um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando os respectivos frutos conquistados.

Este fato teria o condão de tornar secundária a ligação da prova com a violação da norma constitucional. Dessa forma, a intervenção de um ato independente, como a posterior confissão espontânea, e em consonância com os direitos fundamentais do acusado, tornam a

⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. P. 79.

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. p. 146-147.

⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. p. 77-78.

aludida prova como não sendo mais considerada obtida de uma ilegalidade, pois houve quebra do nexo de causalidade com a árvore envenenada.⁹¹

No caso “*Wong Sun*”, policiais da divisão de narcóticos ingressaram, sem mandado, na residência de “A” e o prenderam. Este, imediatamente após sua prisão, fez uma confissão, acusando “B” como sendo o vendedor das drogas.

Posteriormente, “B” também foi preso pelos agentes policiais, sem o devido mandado, e prestou depoimento incriminando “C”, que foi preso ilegalmente. Após alguns dias, “C” prestou, espontaneamente, declarações aos agentes policiais da divisão de narcóticos, confessando sua participação nos crimes.

Em consequência da confissão espontânea de “C”, “A” e “B” invocaram, em seu favor, a doutrina dos frutos da árvore venenosa, requerendo a respectiva exclusão. A Suprema Corte Norte-Americana acolheu o pedido de “A” e “B”.

Tentando aproveitar-se do mesmo fundamento, “C” também requereu a exclusão, afirmando que jamais teria confessado os crimes se não existissem as ilegalidades praticadas contra “A” e “B”.

Todavia, a Suprema Corte Norte-Americana não deu provimento ao pedido de “C”, mencionando que a sua confissão voluntária, realizada em conformidade aos seus direitos fundamentais, ensejou a atenuação da conexão entre a prisão e a confissão, a tal ponto que acabou por dissipar o veneno. Portanto, o ato praticado por “C” (confissão voluntária acerca dos crimes) rompeu o nexo de causalidade gerado pela prova ilicitamente obtida.⁹²

A quarta exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada consiste na “Limitação da Boa-Fé” (*The Good Faith Exception*), que foi inicialmente aplicada pela Suprema Corte Norte-Americana, no caso “*United States v. Leon*”, em 1984, quando os policiais realmente acreditaram que sua diligência havia observado as disposições da IV Emenda.

Em Leon, policiais da Califórnia cumpriram, de boa-fé, um mandado que foi posteriormente invalidado. Os acusados invocaram a supressão da prova com base na doutrina dos frutos da árvore envenenada, sendo que a Suprema Corte Norte-Americana indeferiu a postulação dos acusados, fundamentando sua decisão na exceção em exame.⁹³

Cumprir mencionar a observação feita por Danilo Knijnik quando da apreciação de uma prova que tenha decorrido de uma prova ilícita, sendo que o referido autor menciona uma quinta limitação à doutrina dos frutos da árvore envenenada, *in verbis*:

⁹¹ KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. p. 77-78.

⁹² KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. p. 79-80.

⁹³ Idem. p. 81.

Isso não quer dizer que, diante de toda e qualquer prova originariamente ilícita, deva ocorrer a supressão das evidências dela derivadas. Cumpre aqui recordar que os tribunais deverão, necessariamente, verificar se o caso não se subsume a uma dentre as cinco limitações abaixo:

- Limitação da Fonte Independente, segundo *Wong Sun v. United States*, 1963.
- Limitação da Descoberta Inevitável, segundo *Nix v. Williams*, 1984.
- Limitação da Descontaminação, segundo *United States v. Ceccolini*, 1978.
- Limitação da Boa-Fé, segundo *United v. Leon*, 1984; e, ainda
- Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal, segundo *Rakas v. Illinois*, 1978.

Como afirmou o Justice Frakfurth em *United States v. Ceccolini*, ‘aqui, como em *Silverthorne*, os fatos impropriamente obtidos não se tornam sagrados e inacessíveis.’ Será, pois, imprescindível passar a uma segunda etapa e verificar se não é possível imunizar os frutos colhidos, após o que, realmente, se deverá rejeitar o material probatório em questão.⁹⁴

No Brasil, não há qualquer disposição legal acerca da prova ilícita por derivação, sendo que a solução dos casos é buscada na doutrina e na jurisprudência.

Relativamente a esta matéria, ocorreu um julgamento no Supremo Tribunal Federal que causou grande repercussão no meio jurídico, nos seguintes termos:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecida, possa o juiz, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. (HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D. J. 25.03.94, deferido, por maioria).

Quanto a esta decisão, ocorreu divergência entre os Ministros a propósito da aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada, tendo prevalecido, por maioria, a incidência de referida doutrina.

O relator do HC nº 69.912-0/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, foi favorável ao deferimento do *habeas corpus*, conforme abaixo:

⁹⁴ KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. p. 83-84.

(...) o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos *fruits of the poisonous tree*; é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas, interceptadas, só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas (...) estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita (...) De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

Analisando o referido julgado do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, é necessário afirmar que ele trouxe ao meio jurídico o entendimento de que deve ocorrer uma compatibilização entre a ampla liberdade que o Juiz possui para apreciar a prova e a limitação ensejada pela doutrina dos frutos da árvore envenenada. Há de se atentar não mais apenas à convicção formada pelo Julgador, mas também à forma pela qual essa convicção foi buscada.⁹⁵

Após o exame da polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal, cabe trazer outros julgados da mesma Corte, tendo utilizado o *habeas corpus* nº 69.912-0/RS como precedente:

COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação a qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de Tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – PRECEITO CONSTITUCIONAL – REGULAMENTAÇÃO. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. E surge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional.

PROVA ILÍCITA – CONTAMINAÇÃO. Decorrendo as demais provas do que é levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem. Precedente: *habeas-corpus* nº 69.912/RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de março de 1994. (HC nº 73.510-0/SP, STF, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, D. J. 12.12.97, deferido, por maioria).

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ARTIGO 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE.

(...)

Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina

⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. Ob. Cit. p. 68-69.

outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. (HC nº 73.351-4/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, D. J. 19.03.99, deferido, por maioria).

A decisão realizada no HC nº 73.351-4/SP, acima transcrita, foi comentada por Sérgio Salomão Shecaira, *ipsis literis*:

Certamente, a posição mais sensível às garantias da pessoa humana e mais afinada com a moderna concepção do processo penal, voltada à tutela da liberdade dos acusados, é no sentido de inadmitir-se as provas ilícitas por derivação, tal como fez o v. acórdão referido. Enfim, mesmo sendo processado alguém que carrega a pecha de ‘traficante’, não lhe foram retirados os direitos inerentes à cidadania, em decisão que, em nosso entender, é um banho de legalidade.⁹⁶

Portanto, não obstante a ausência de disposição legal a respeito do assunto, a posição do Supremo Tribunal Federal é clara, conforme as decisões acima trazidas, no sentido de que as provas ilícitas por derivação não devem ser aceitas, em consonância com a doutrina dos frutos da árvore envenenada e pelo efeito preventivo do disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal Brasileira⁹⁷.

3. A PROVA ILÍCITA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. A prova ilícita no Sistema Constitucional vigente

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada distinta das suas antecessoras, no que tange aos aspectos processuais, pois as constituições brasileiras pretéritas jamais trataram de tais matérias com tamanha abrangência.

Os congressistas, componentes da Assembléia Constituinte, receberam importante apoio de juristas na elaboração da Constituição Brasileira em vigor, o que, de certa forma, explica a inclusão no texto constitucional de garantias processuais dos direitos individuais e coletivos.⁹⁸

A Constituição Brasileira em vigor tratou do tema em seu artigo 5º, LVI, ao afirmar que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Tal dispositivo refere-se a todos os processos indistintamente, seja na esfera civil, penal ou de outros ramos do Direito, em qualquer lide com participação apenas de particulares ou a presença do Estado.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 146.

⁹⁷ Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. Cit. p. 219.

Em decorrência disso, existente uma ação judicial, os envolvidos no processo (este reputado como o instrumento de realização do direito material postulado) não poderão utilizar em seu favor, como regra, provas obtidas por meios ilícitos, tendo em vista expressa vedação constitucional.⁹⁹

Não apenas no processo a ilicitude probatória é inadmissível. Quando a norma constitucional em exame expressa os termos “no processo”, deve-se interpretá-la de maneira a incluir referida vedação ao inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação criminal. Ora, se existe a proibição da utilização da prova ilícita no intento de tutelar o acusado, necessário estendê-la também ao indiciado, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Ademais, como ela não pode ser admitida na fase processual, tampouco será aceita na fase pré-processual, exatamente onde se insere o inquérito policial.¹⁰⁰

Utilizando-se uma interpretação literal, pode-se dizer, num primeiro momento, que a disposição constitucional sob comento não comporta exceções, devendo ser aplicada de forma irrestrita. A propósito do assunto, cabe aduzir o alerta dado por José Carlos Barbosa Moreira, *ipsis literis*:

Apesar disso, é irrealístico pensar que se logre evitar totalmente a conveniência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente rigidez da norma. Para não ir mais longe: como se procederá se um acusado conseguir demonstrar de maneira cabal sua inocência com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente adquirida? Algum juiz se animará a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contrair à proibição de fundar a sentença na prova ilícita?.¹⁰¹

Os juristas prestadores de assessoria aos congressistas na elaboração do texto constitucional vigente pertenciam à corrente doutrinária da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita ou teoria obstativa, já examinada.

Não se pode olvidar que os fatos históricos anteriores ao advento da Constituição de 1988 contribuíram fortemente para a rigidez da norma constitucional acerca da ilicitude da prova, uma vez que o sistema constitucional vigente foi elaborado em período posterior à modificação política no Brasil.

Durante muito tempo, imperou em nosso país o regime autoritário, onde o Estado achava-se no direito de intervir na esfera particular de cada cidadão, cometendo arbitrariedades, abusos, graves violações à intimidade e à vida privada das pessoas. Os

⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários A Constituição Brasileira de 1988. Vol. I. p. 535.

¹⁰⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. p. 253.

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. Cit. p. 219.

direitos fundamentais não eram respeitados e nenhuma pessoa poderia reclamar tamanho autoritarismo, pois era tal regime que reinava no Brasil.

A respeito, José Carlos Barbosa Moreira ensina de forma brilhante que “*a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto*”.¹⁰²

O referido jurista, seguidor da teoria intermediária, quis dizer que, não obstante a queda recente do regime autoritário quando do advento da Constituição Brasileira de 1988, autoritarismo este violador dos direitos fundamentais dos cidadãos, os elaboradores do texto constitucional atual não deveriam ter sido tão radicais a ponto de se posicionarem no outro extremo.

Embora analisada sob sua literalidade, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, LVI, fora muito rígida no que se refere à inadmissibilidade das provas ilícitas. A doutrina brasileira e a jurisprudência, em sua maioria, pugnam pela necessidade de se levar em conta os bens conflitantes e que o caso concreto seja sempre solucionado à luz do princípio da proporcionalidade, já analisado, posicionamento corroborado pelo julgado abaixo:

Constitucional e Processual Penal. “Habeas Corpus”. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (REASONABLENESS). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (EXCLUSIONARY RULE) também lá pede temperamentos. (HC nº 3982/RJ, STJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, D.J. 26.02.96, denegada a ordem, por unanimidade).

¹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. Cit. p. 225-226.

CAPÍTULO IV

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O emprego de meios eletrônicos para conhecer e documentar o conteúdo de conversas telefônicas é, atualmente, bastante utilizado pela polícia judiciária nas investigações, para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas (ou entre pessoas presentes), chegando a ser imprescindível, em alguns casos, para a elucidação dos fatos. Devido ao progresso tecnológico que vivenciamos, tais meios são, na prática, acessíveis não só para as autoridades públicas (polícia judiciária, magistrados, agentes políticos), mas para qualquer pessoa.

Se a tecnologia não encontra obstáculos que impeçam sua evolução, cabe às legislações de cada país erigir limites à prática das interceptações, como forma de proteger as universalmente consagradas inviolabilidades do sigilo das comunicações e da *privacy* do indivíduo. Em se tratando da utilização do resultado das interceptações telefônicas realizadas pela polícia judiciária no processo judicial, e diante das vedações probatórias existentes, tais limitações legais assumem um contorno publicístico, de garantias do devido processo legal.

Quando se discorre sobre provas ilícitas, conseqüentemente, menciona-se a interceptação telefônica, já que a grande maioria dos julgados e das discussões sobre o tema, indubitavelmente, envolve a questão da licitude ou não das interceptações telefônicas.

De início é necessário que se faça a conceituação do tema em comento.

1. CONCEITOS

1.1. Conceito de Interceptação Telefônica

Interceptar, etimologicamente, significa: a) interromper no seu curso, deter, impedir a passagem, reter; b) cortar, empolgar¹⁰³.

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como atos de interferência nas comunicações telefônicas, seja para cortá-las (impedi-las), seja para “tomar conhecimento”, descobrir o conteúdo das conversas telefônicas. No primeiro caso, em virtude da interferência, há conseqüências penais. O segundo caso trata das interceptações em *stricto sensu*, sentido este apontado pela Lei nº 9.296/96. Na interceptação, há essencialmente a

¹⁰³ *Novo Dicionário Aurélio*, Ed. Nova Fronteira, 1ª ed.

participação de um terceiro, pois há sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando o que está sendo comunicado.

O que é relevante, além de a gravação ter sido realizada por um terceiro, estranho à conversa, é que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas.

É necessário que se diferencie a interceptação telefônica da gravação clandestina e da escuta telefônica.

Gravação clandestina é quando a captação é realizada diretamente por um dos comunicadores, sem o consentimento dos demais, limitando-se, assim a documentar fatos conhecidos. Escuta telefônica, por sua vez, é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores.

Conforme veremos, a Lei nº 9.296/96 refere-se tanto à interceptação telefônica propriamente dita (*stricto sensu*) como à escuta telefônica. Exemplificando, tanto o juiz pode autorizar uma “interceptação” para descobrir prova no caso de tráfico de entorpecentes (nesse caso tornar-se-ão conhecidas tanto as comunicações do suspeito quanto do comunicador), como pode autorizar uma escuta num caso de seqüestro em que a família da vítima está ciente da captação da comunicação. O fato de um dos comunicadores saber da ingerência alheia autorizada judicialmente não impede a incidência da lei.

Das três hipóteses elencadas, somente no caso da gravação clandestina, quando o próprio comunicador efetua a captação da conversa, portanto, não existindo a figura do terceiro, não há o que se falar em interceptação, na forma da lei. Na gravação clandestina, a eventual divulgação da prova pode ensejar em afronta à intimidade.

Nesse sentido é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁴, para quem:

As gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, com o desconhecimento dos interlocutores, ou por um deles, sem o conhecimento do outro, não se enquadram na regulamentação do art. 5º, XII, da CF. O mesmo vale para a gravação clandestina de um telefonema por um dos sujeitos da conversa, sem o conhecimento do outro – que, como dito, *não caracteriza interceptação telefônica*, porquanto aqui não está em jogo o sigilo das comunicações. A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores, que queira documentar a conversa toda 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 do segredo.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Antônio, *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo, Malheiros, 1992, p.143.

Este é o entendimento da doutrina brasileira, *ipsis literis*:

Pelo que ficou exposto, conclui-se: interceptação telefônica (em sentido estrito), portanto, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta telefônica, por seu turno, é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores... O que não se pode, de qualquer modo, é confundir interceptação e escuta, de um lado, com gravação telefônica (que é a captação feita diretamente por um dos comunicadores), de outro.¹⁰⁵

Combinando os elementos apresentados pela doutrina, chegamos à noção do que seria a interceptação telefônica *lato sensu* (captação da comunicação entre duas ou mais pessoas efetivada por terceiro), a partir da qual é possível estabelecer algumas distinções, tendo em vista as diversas modalidades de captação eletrônica das provas, sobre as quais teceremos alguns comentários.

1.1.1. Interceptação Telefônica *stricto sensu*

A interceptação telefônica, em sentido estrito, pode ser conceituada como sendo a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Conforme analisa Ada Pellegrini Grinover, é aquela que se efetiva pelo “grampeamento”, ou seja, pelo ato de “interferir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações”.¹⁰⁶

1.1.2. Interceptação conhecida por um dos interlocutores, ou Escuta Telefônica

Considerando que nessa hipótese há o consentimento de um dos interlocutores, para a efetivação da interceptação telefônica poder-se-ia falar, especificamente, em escuta telefônica, o que, no entanto, não faz com que tal situação deixe de ser caracterizada como interceptação telefônica, já que realizada por terceiro. A respeito dessa classificação, Ada Pellegrini Grinover menciona que “a doutrina configura a hipótese como sendo uma espécie de direito do indivíduo ao controle de seu próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 95-96.

¹⁰⁶ GRINOVER, op. cit., p. 147.

¹⁰⁷ *Liberdades Públicas...*, op. cit., n. 56, p. 250.

1.1.3. Interceptação de conversa entre presentes, ou Interceptação Ambiental

A captação sub-reptícia da conversa entre presentes, realizada por terceiro, dentro do ambiente onde estejam os interlocutores, sem o conhecimento destes, denomina-se interceptação entre presentes, ou interceptação ambiental. Não difere, substancialmente, da interceptação *stricto sensu*, pois, em ambas as situações, ocorre violação do direito à intimidade.¹⁰⁸

1.1.4. Interceptação Telefônica da conversa entre presentes conhecida por um dos interlocutores, ou Escuta Ambiental

Quando a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiro se faz com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores, pode ser denominada de escuta ambiental, guardando, dessa forma, afinidade terminológica com as precedentes modalidades de interceptação ambiental e escuta telefônica.

Sujeita-se, todavia, à mesma disciplina legal das interceptações ambientais.

As interceptações e escutas ambientais podem ser realizadas com gravador, como se depreende dos exemplos encontrados na doutrina e na jurisprudência, não descaracterizando a sua natureza de interceptação, *lato sensu*.

1.1.5. Gravações Clandestinas – Telefônicas e Ambientais

A gravação clandestina, definida como sendo a praticada pelo próprio interlocutor, prescinde da existência de um terceiro, não sendo caracterizada, portanto, como espécie do gênero interceptação. Ocorre quando há o registro da conversa telefônica (gravação da própria conversa telefônica, ou gravação clandestina, propriamente dita) ou da conversa entre presentes (gravação de conversa pessoal e direta, entre presentes, ou gravação clandestina ambiental) por um de seus participantes, com o desconhecimento do outro.

¹⁰⁸ A circunstância de a conversa vir a ser gravada não é elemento integrante do conceito da interceptação *lato sensu*, como entende Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas...*, op. cit., p. 250, que ao distingui-la de outras modalidades, indica que deve indicar “a escuta (ainda que indireta, em nosso entender, como quando se faz por meios técnicos de gravação automática), eventualmente acompanhada de gravação para registrá-la”. Tal entendimento, no que se aplica ao conceito básico de interceptação, nos leva a afirmar que na interceptação ambiental pode ou não haver gravação.

Acentue-se que, na legislação brasileira, não há normas específicas sobre a matéria. Sugere a doutrina que, ressalvando-se o caso de violação de segredo, por ser descabido recorrer à analogia *in malam partem*, que poderão ser aplicadas à espécie as mesmas regras utilizadas para a correspondência epistolar, tendo em vista que as conversações telefônicas nada mais são do que a expressão moderna e oral da mesma comunicação; ambas têm a mesma natureza.

Dessa forma, a prova obtida através da gravação clandestina seria admissível sem restrições. Qualquer pessoa pode gravar a sua conversa. O que se proíbe é a divulgação indevida das gravações. Isto porque, conforme o que ocorre com a divulgação das comunicações postais ou epistolares, sem o consentimento do remetente, poderá configurar crime de divulgação de segredo.

Após conceituar a interceptação em sentido estrito e definir suas especificidades, distingui-la da escuta e da gravação clandestina de conversas telefônicas, é de suma importância que analisemos o referido instituto no regime jurídico brasileiro.

2. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. O Sistema anterior à Constituição Federal de 1988

Desde a primeira constituição brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, o sigilo das correspondências e das comunicações é garantido de forma aparentemente absoluta. As constituições de 1891 e 1934 mantiveram esse posicionamento, não apresentando nenhuma exceção a essa garantia. Somente na Carta de 1937, o legislador constituinte passou a admitir a relativização da garantia absoluta ao sigilo das comunicações, como se percebe ao analisar o seu art. 122, inciso VI, que determinava “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções previstas em lei”.¹⁰⁹

Até 1969, o termo sigilo de correspondências era interpretado pela doutrina e pela jurisprudência em sentido amplo, *lato sensu*, de forma que amparava a correspondência telefônica e a telegráfica.

A Constituição de 1969, que por alguns doutrinadores não é aceita como Constituição, e sim como emenda à Constituição de 1967, passou a conferir proteção expressa às comunicações telefônicas e telegráficas, positivando um entendimento já adotado anteriormente. Tal Constituição, em seu art. 153, § 9º, dispunha que: “é inviolável o sigilo da

¹⁰⁹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 1976, p. 303.

correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”, salvo nos casos de estado de sítio e de estado ou medidas emergenciais.

Na opinião de Pontes de Miranda, o termo “telegráficas” utilizado no texto constitucional, deveria ser interpretado de forma ampliativa, abrangendo qualquer meio ou modo de transmissão, pois “à medida que se aprofundam e se estendem as descobertas de transmissores, físicos, ou psíquicos, o conteúdo do princípio também se aprofunda e se estende”.¹¹⁰

Neste período, a interceptação telefônica era tratada pelo Código de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, e em seu artigo 57, inciso II, letra “e”, dispunha que não se configura violação de telecomunicação o conhecimento dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Ademais, o art. 56, §2º, do mesmo texto legal, aduzia que a operação técnica de interceptação deveria ser feita pelos serviços das estações e postos oficiais.

Ada Pellegrini Grinover, grande estudiosa da temática, posicionava-se no sentido da admissibilidade da interceptação telefônica entre nós, desde que atendidos os requisitos do art. 57 da Lei nº 4.117/62, que é o Código Brasileiro de Telecomunicações.¹¹¹ Essa sua postura doutrinária era a que prevalecia. Portanto, a prova poderia ser lícita ou ilícita. No âmbito processual penal, a primeira decisão do STF a respeito de uma interceptação telefônica deu-se no HC 63.834-1, Rel. Min. Aldir Passarinho, que determinou o trancamento do inquérito policial porque se tratava de interceptação feita por particular. Logo, prova ilícita.¹¹²

2.2. A Constituição Federal de 1988 e a Interceptação Telefônica

Com o advento da Constituição Federal de 1988, muda-se o cenário jurídico a cerca da matéria, e modifica-se, também, o posicionamento dos doutrinadores.

A Constituição Federal de 1988, no inciso XII, do art. 5º, assegura a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Percebe-se que a Constituição erigiu como garantia fundamental o sigilo das comunicações, estando esta protegida como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV.

¹¹⁰ *Comentários à Constituição de 1967*, 1967, t. V, p. 173-174.

¹¹¹ GRINOVER, *Liberdades Públicas...*, op. cit., p. 313 e ss.

¹¹² Cf. HC 69.912-0-RS, RBCrim n. 7, p. 178.

Atentando para a proporcionalidade que deve nortear todos os ordenamentos jurídicos, o legislador constituinte estabeleceu ser possível restringir essa proteção constitucional conferida ao sigilo e adentrar na esfera da intimidade, de acordo com as circunstâncias estabelecidas em lei.

A norma constitucional veda expressamente, como regra, a interceptação de comunicações telefônicas, ressalvadas as hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Note-se que o artigo sob comento restringiu a possibilidade de utilização do procedimento interceptatório à esfera penal, tanto na fase da investigação criminal como no curso da ação penal.

Porém, mais uma vez ocorreu divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à recepção pela Constituição Federal do Código de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, única lei que tratava na época da interceptação telefônica, ou pela necessidade de nova legislação regulamentadora do artigo 5º, XII, da Constituição Federal. Prevaleceu, na doutrina brasileira, de forma majoritária, o segundo entendimento, qual seja, de que o dispositivo constitucional em análise não é auto-aplicável e não recepcionou as normas atinentes à interceptação telefônica constantes do Código de Telecomunicações, necessitando de nova lei que regulamente a matéria, conforme os termos abaixo:

A lei disciplinadora da matéria ainda não foi editada (...). Enquanto a aludida lei não for promulgada, somente existem, para disciplinar legalmente a matéria, os dispositivos do Código de Telecomunicações. Todavia, como visto, essa lei não cuida das hipóteses a que alude o inc. XII do artigo 5º da Constituição, limitando-se, quanto à forma, a prescrever que a operação técnica deve ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais.

Assim, não se pode dizer que o Código de Telecomunicações supra a exigência constitucional. Enquanto não for promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações e escutas telefônicas, não há base legal para a autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas serão ilícitas, subsumindo-se à espécie do inc. LVI do artigo 5º da Constituição.¹¹³

Ocorre, portanto, que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo admissível, respeitados os limites legais, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, conforme o raciocínio de Alexandre de Morais¹¹⁴.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. Ob. Cit. p. 151.

¹¹⁴ Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pg. 84.

Em vários pontos de seu texto, a Constituição Federal evidencia a relativização dessas inviolabilidades, porém somente quando estritamente necessário e nunca em favor de uma finalidade juridicamente inferior.

Com efeito, as garantias e direitos fundamentais do cidadão estão insculpidas no texto constitucional (artigo 5º da Constituição Federal) e não podem ser sacrificadas em virtude de uma concepção simplesmente individualista. Aliás, nenhum direito pode ser entendido como absoluto ou ilimitado. Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade em razão da necessidade de se resguardar outros direitos fundamentais que, em determinadas situações, podem possuir maior relevância.

A festejada jurista Ada Pellegrini Grinover comunga deste posicionamento, como se percebe no seguinte trecho:

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.¹¹⁵

Por não serem absolutos, verifica-se que os direitos fundamentais podem colidir entre si, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica.

É exatamente numa situação em que haja confronto entre direitos que o princípio da proporcionalidade ganha destaque e é utilizado como critério para solucionar da melhor maneira o conflito, otimizando o conteúdo do direito que se acata prioritariamente.

Ao adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens colidentes, determinando qual o princípio, e em que medida, prevalecerá, soluciona-se, portanto, a colisão.

O inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, conforme dito anteriormente, estabeleceu a possibilidade de se restringir a proteção constitucional ao sigilo, desde que respeitadas as circunstâncias legais.

Ocorre que, somente doze anos após a promulgação da Constituição atual, sobreveio a regulamentação do aludido dispositivo, com o advento da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Considerando, então, que a norma constitucional não é auto-aplicável, todas as interceptações telefônicas autorizadas e realizadas no lapso entre o advento da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da Lei nº 9.296/96 devem ser consideradas ilícitas.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. Ob. Cit., p. 129

Embora o Superior Tribunal de Justiça, por algumas de suas Turmas, possuía a compreensão que, em determinadas circunstâncias, mesmo sem lei regulamentadora do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, poderia ser utilizada a interceptação de comunicações telefônicas¹¹⁶, ocorreram decisões em sentido contrário, corroborando o posicionamento majoritário da doutrina brasileira e do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS. ESCUTA. LEI Nº 9.296/96. PROVA RESTANTE. EFEITO EXTENSIVO.

I – A escuta telefônica realizada antes da Lei nº 9.296/96, ainda que calcada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito (Precedentes do Pretório Excelso).

II – Se o restante da prova foi considerado imprestável para uma condenação, correta a aplicação do efeito extensivo, ex vi artigo 580 do CPP (Precedente do Pretório Excelso). (RESP nº 225450/RJ, STJ, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, D. J. 08.03.00, não provido, por unanimidade).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, não admitia a escuta telefônica, não considerando o art. 5º, XII, da Constituição Federal auto-aplicável.

Já o Superior Tribunal de Justiça, por algumas de suas turmas, adotava entendimento que relativizava o uso da prova obtida por meio de “escuta telefônica”, como se pode constatar:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL.

Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia.

O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria constituição federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do supremo tribunal federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (HC 3982 / RJ, STJ, Ministro Adhemar Maciel, D.J.: 05/12/1995, por unanimidade, denegar a ordem).

Como a Constituição Federal de 1988 enuncia como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e excepciona, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, importante

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. p. 23.

analisar o regime jurídico dado às interceptações telefônicas após a entrada em vigor de citada lei, qual seja a Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996.

2.3. A Interceptação Telefônica após a Lei nº 9.296/96

Com o advento da Lei nº 9.296/96, findaram-se as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da ilicitude da prova colhida mediante interceptação de comunicações telefônicas, pois referida lei trouxe vários dispositivos que regulamentaram a matéria e a aplicabilidade das interceptações telefônicas.

Para que a captação seja considerada lícita, é necessário que haja integral observância aos comandos legais advindos da lei.

O artigo 1º da Lei nº 9.296/96 preconiza o seguinte:

Art. 1º: A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de Justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Pela redação do dispositivo legal acima, cabe analisar, inicialmente, o que se entende por interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza.

Indubitavelmente, o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, abarca tanto a interceptação telefônica em sentido estrito como a escuta telefônica, cujos conceitos já foram aduzidos, pois ambas possuem como característica a captação de comunicação telefônica alheia. Contudo, as gravações clandestinas de conversas telefônicas e ambientais, bem como a interceptação ambiental, não estão abrangidas pela Lei nº 9.296/96.¹¹⁷

Outro aspecto é que a interceptação de comunicações telefônicas somente pode ser autorizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Ademais, a interceptação, para ser lícita, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal.

Portanto, somente o juiz criminal possui competência para deferir o pedido de interceptação, sendo tal providência proibida pelo juiz da área civil.¹¹⁸

Quanto à competência para o seu deferimento, há duas indagações a serem respondidas. Caso o pedido de interceptação seja realizado no plantão judiciário, como fica a

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 104.

¹¹⁸ PARIZATTO, João Roberto. Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96. Interceptação de Comunicações Telefônicas. p. 16.

situação se o juiz que irá presidir o processo principal não for o plantonista? Além disso, caso o inquérito ainda não foi distribuído, não se saberá quem é o juiz competente da ação principal. Como ficará essa hipótese?

Nos dois casos, certamente a prova colhida será válida, pois o procedimento previsto na Lei nº 9.296/96 é de natureza cautelar, não podendo se escolher momento apropriado para a sua realização.

Ademais, a decisão de deferimento da prova é provisória e só se tornará definitiva no momento em que o juiz da ação principal avaliar a admissibilidade da prova colhida, como também seu teor.¹¹⁹

É importante lembrar que a interceptação telefônica deverá ser realizada sob segredo de justiça e isso se justifica para que não seja prejudicada a própria finalidade da prova. Existe o interesse do Estado e da justiça na persecução penal.

A quebra o segredo de justiça prejudica a investigação e pode ocasionar a ineficácia de todos os trabalhos investigativos até então realizados pela polícia.

Na prática, caso os interlocutores da comunicação telefônica tivessem prévio conhecimento da sua captação, certamente não fariam prova contra si mesmos e estaria totalmente comprometido o seu objetivo. A Lei nº 9.296/96, acertadamente, prevê sigilo absoluto na realização da interceptação telefônica.¹²⁰

No que concerne ao parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96, há polêmica na doutrina brasileira sobre sua constitucionalidade.

Alguns juristas, como Vicente Greco Filho, entendem que, em se admitindo a interceptação de comunicações pelo sistema de informática e telemática, se estaria violando o sigilo dos dados, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988. Esta, em seu artigo 5º, XII, apenas ressalva, em casos excepcionais, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.¹²¹

Vale destacar que as comunicações em sistemas de informática e telemática são aquelas feitas via modem em sistemas de computador, utilizando-se linha telefônica ou similar, sendo a telemática a ciência responsável pela manipulação e utilização da informação, por meio do uso combinado do computador e meios de telecomunicação.¹²²

Há uma corrente doutrinária intermediária que defende a constitucionalidade restrita do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96. Afirmam que a presença no texto legal da

¹¹⁹ SILVA, César Dario Mariano da. Ob. Cit. p.57.

¹²⁰ PARIZATTO, João Roberto. Ob. Cit. p. 17.

¹²¹ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. p. 12-13.

¹²² PARIZATTO, João Roberto. Ob. Cit. p. 18.

expressão “comunicações telefônicas”, abarca a interceptação em qualquer modalidade, ainda que realizada por meio de sistemas de informática existentes ou que venham a ser desenvolvidos, desde que observe a forma comunicações telefônicas, ou seja, utilize a telefonia.¹²³

A terceira corrente doutrinária afirma a integral constitucionalidade da norma legal sob comento, consoante os termos abaixo:

(...) entendemos que o parágrafo único em questão é absolutamente legítimo, inquestionavelmente constitucional. Estão regidas pela Lei 9.296/96 tanto as comunicações telefônicas como as comunicações telemáticas (independentes da telefonia), seja no que se refere à possibilidade de restrição (interceptação mediante autorização judicial fundamentada e proporcionada – artigo 1º, parágrafo único), seja no que concerne ao aspecto de ‘garantia’, de proteção da intimidade e do sigilo dessas comunicações (artigo 10), configurando crime qualquer incursão abusiva na intimidade alheia. Pensar de modo diferente significa tratar o comunicador brasileiro como sujeito com menos direitos que os comunicadores dos países europeus, que disciplinaram escorreitamente o assunto.¹²⁴

A decisão abaixo ratifica a idéia da constitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, da lei da interceptação telefônica, *ipsis literis*:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. SIGILO DE DADOS. QUEBRA. BUSCA E APREENSÃO. INDÍCIOS DE CRIME. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. LEGALIDADE. CF, ARTIGO5º, XII. LEIS 9.034/95 E 9.296/96.

- Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo5º, XII), por ordem judicial.

- A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público.

- A legislação integrativa do cânon constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiros e eleitorais (Lei nº 9.034/95, artigo2º, III), bem como a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (Lei nº 9.296/96, artigo 1º, parágrafo único). (HC nº 15026/SC, STJ, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, D. J. 04.11.02, não provido, por unanimidade).

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit. p. 46-47.

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 176.

O artigo 2º da Lei nº 9.296/96 lista as hipóteses da inadmissibilidade da interceptação de comunicações telefônicas, nos seguintes termos:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da 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.

Parágrafo único. 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.

Este artigo, ao invés de trazer os casos cabíveis de interceptação, arrola as hipóteses em que tal prova não é permitida.

A existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal é indispensável, não sendo suficiente a mera suspeita. Aliás, como dito anteriormente, sendo a interceptação telefônica medida cautelar, está sujeita aos requisitos das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No artigo 2º, I, da Lei nº 9.296/96, está o requisito da fumaça do bom direito.¹²⁵

A interceptação telefônica somente deve ser autorizada quando a prova não puder ser realizada por outros meios disponíveis, porque consiste em medida excepcional, de extrema necessidade, violadora da intimidade dos interlocutores e não se justifica nos casos passíveis de outros elementos probatórios, como a oitiva de testemunhas, a perícia, etc.

O saudoso jurista Lenio Luiz Streck alerta corretamente que a expressão ‘outros meios disponíveis’, utilizada na lei, não se refere aos pertences materiais dos órgãos da persecução penal. Na verdade, tal expressão alude aos meios legais disponíveis, pois, do contrário, bastaria a alegação pela autoridade policial de falta de peritos, por exemplo, para que a interceptação telefônica pudesse ser deferida, o que desconfiguraria a característica de extrema necessidade.¹²⁶

A interceptação só é admitida apenas quando se tratam de fatos criminosos sujeitos à pena de reclusão, não compreendendo os crimes sujeitos à pena de detenção.

Todavia, tal comando legal é desproporcional, tendo em vista que muitos crimes punidos com reclusão não necessitam de medida tão extrema.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 177-178.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit. p. 52-53.

Nestes casos, certamente deve ser invocado o princípio da proporcionalidade, pois delitos como o furto simples e o estelionato, com pena de reclusão, jamais poderiam ter a interceptação telefônica como prova.¹²⁷

Outro ponto que merece destaque é que, em qualquer pedido de interceptação telefônica realizado perante o juiz, deve haver a descrição minuciosa dos fatos investigados, como também a indicação e qualificação dos investigados. A lei, portanto, exige a delimitação precisa da situação fática perquirida, de forma indubitável, pois não existe interceptação telefônica pré-delitual. Além disso, determina a individualização do sujeito passivo da interceptação telefônica que é, em regra, o interlocutor da comunicação. Tal exigência decorre do texto do artigo 2º, I, da Lei nº 9.296/96, que enuncia a admissão da interceptação telefônica apenas quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

O juiz pode, entretanto, dispensar tais observâncias, desde que requerido de maneira justificada, quando, por exemplo, a medida for tão urgente que não há tempo para o órgão incumbido da persecução penal encontrar todos os dados do investigado, o que deve ser analisado com bastante cautela pelo magistrado.¹²⁸

Também possui relevância a análise da interceptação telefônica em face de terceiros e de fatos não previstos. Será que existe a possibilidade da gravação realizada servir como prova contra terceiros que se utilizaram da mesma linha interceptada e em relação a fatos criminosos que não foram base para a autorização da interceptação, mas surgem por ocasião dela?

Na primeira hipótese, é admitida pela doutrina que a prova colhida possa servir para um juízo condenatório contra outras pessoas que utilizaram a linha telefônica gravada, porém relacionadas com o fato criminoso autorizador da medida.¹²⁹

Em relação à segunda hipótese, também é possível, devendo-se observar, contudo, a validade e a licitude da prova, que o fato descoberto possa ensejar a interceptação, não se encontrando entre as vedações do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, como também que tenha ligação com o primeiro delito, configurando concurso de crimes, continência ou conexão.¹³⁰

Inadmissível é que a interceptação seja utilizada em relação a fatos desvinculados da situação fática da diligência, sob pena de ser ilícita a prova colhida de tal maneira.¹³¹

¹²⁷ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 15.

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 188-190.

¹²⁹ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 21.

¹³⁰ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 21.

¹³¹ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 20-22.

O artigo 3º da Lei nº 9.296/96 enuncia que:

Art. 3º: A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I – da autoridade policial, na investigação criminal;
II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Consoante a redação do *caput* do dispositivo legal acima transcrito, o juiz pode determinar de ofício a interceptação telefônica, não precisando de requerimento da autoridade policial e do Ministério Público.

Percebe-se que houve um equívoco do legislador, porque a determinação da interceptação telefônica *ex officio* pelo juiz afronta o sistema penal acusatório, onde as partes possuem a iniciativa probatória.

O juiz possui a iniciativa probatória no âmbito penal apenas nos sistemas inquisitórios, não sendo este o caso do Brasil. Portanto, a mencionada previsão do *caput* do art. 3º da Lei nº 9296/96 é inconstitucional, pois afronta o sistema penal acusatório e rompe com a necessária imparcialidade do julgador.¹³²

Neste sentido, é a lição de Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

É inconstitucional a interceptação telefônica ‘de ofício’, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual.¹³³

A autoridade policial somente possui legitimidade para requerer a interceptação telefônica durante a investigação criminal. Já o Ministério Público tem dupla legitimidade, podendo pedir a medida cautelar na investigação criminal e na instrução processual penal.

O *Parquet*, sendo o órgão incumbido da acusação no âmbito penal, nos casos de crimes de ação penal pública, é o maior interessado na obtenção de provas contra o investigado ou denunciado, até porque o artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”.¹³⁴

¹³² STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit. p. 81.

¹³³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 201-202.

¹³⁴ PARIZATTO, João Roberto. Ob. Cit. p. 38.

Já os arts. 4º e 5º, da Lei nº 9.296/96, têm a seguinte redação:

Art. 4º: O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

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

A autoridade policial e o Ministério Público, ao requererem o pedido de interceptação de comunicações telefônicas, precisarão mostrar ao juiz competente que a sua realização é necessária para a elucidação do fato criminoso.

Esta norma legal (artigo 4º, *caput*), está intimamente ligada com o artigo 2º, II, da mesma lei, dispondo que não será admitida a interceptação telefônica quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

Mais uma vez, demonstra-se a característica de excepcionalidade deste meio de prova. O juiz criminal não poderá autorizá-la caso o crime possa ser apurado de outra forma, pois, nesse caso, não há o preenchimento do requisito da necessidade de ocorrer a captação das comunicações telefônicas do indiciado ou denunciado.

Conseqüentemente, a prova colhida mediante interceptação telefônica, quando autorizada sem a devida necessidade, será considerada ilícita.

Além disso, as autoridades legitimadas legalmente a realizarem o pedido do procedimento de interceptação (autoridade policial e Ministério Público) possuem o dever de indicar quais os meios que serão empregados na diligência, ou seja, informar quais as linhas telefônicas que serão interceptadas e quem são seus titulares.

Devem, também, mostrar quais os aparelhos que serão colocados à disposição para cumprimento da providência e decorrente gravação.¹³⁵

Depois de apresentado o pedido, o juiz terá o prazo de vinte e quatro horas para apreciá-lo, de maneira fundamentada, sob pena de nulidade.

O lapso de tempo concedido ao juiz é exíguo, tendo em vista a natureza cautelar e, portanto, a urgência do referido meio de prova. É tanto que a lei não menciona que o magistrado tem o dever de dar vista dos autos ao Ministério Público, quando o pedido for

¹³⁵ PARIZATTO, João Roberto. Ob. Cit., p.41.

feito pela autoridade policial, tendo em vista que o Ministério Público é o titular da ação penal pública e grande interessado na realização da prova.¹³⁶

De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.296/96, o juiz precisa indicar a forma de execução da interceptação telefônica, sendo este o motivo pelo qual as autoridades legitimadas legalmente, ao requererem a realização da citada prova, têm a obrigação de aludir quais serão os meios empregados para a diligência.

A lei informa que o prazo para a execução da interceptação de comunicação telefônica não poderá exceder quinze dias, havendo a possibilidade de prorrogação do tempo, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Não há limite de vezes para a ocorrência da dilação, porque há crimes em que a providência é necessária por mais de trinta dias.

Salienta-se que em todos os requerimentos de autorizações ou prorrogações ao magistrado para a execução da diligência, é indispensável a demonstração da necessidade da prova, sob pena de ser reputada ilícita.¹³⁷

Após o deferimento do pedido de interceptação de comunicações telefônicas, é preciso observar o procedimento descrito nos arts. 6º e 7º da Lei nº 9.296/96, *in verbis*:

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§3º (...)

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

A competência para conduzir a fase executiva da interceptação telefônica é da autoridade policial, exclusivamente, ninguém mais tendo legitimidade para tanto.

Porém, ela é operacional e não legal, pois esta é do juiz. Tudo que estiver em consonância com a litude ou não da prova colhida, será de competência do magistrado.

A autoridade policial deve executar os atos dentro dos limites estabelecidos pelo juiz, sem abusos, já que, do contrário, será pronunciada a ilicitude da prova.¹³⁸

¹³⁶ SILVA, César Dario Mariano da. Ob. Cit. p.64.

¹³⁷ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 31.

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 221.

O Ministério Público, principal interessado na colheita da prova, deverá ser cientificado pela autoridade policial de todos os atos operacionais, sob pena de nulidade, sendo facultativo o acompanhamento das diligências.

De acordo com a lei em exame, a interceptação telefônica é possível na investigação criminal. Mesmo que tal investigação seja comandada pelo Ministério Público, como já dito, a competência para as medidas executivas da interceptação ficará a cargo de uma autoridade policial.¹³⁹

Este entendimento é criticado por Lenio Luiz Streck, nos termos abaixo:

Preocupa, sobretudo, que somente à autoridade policial é conferida a possibilidade de executar a interceptação (artigo 6º, *caput*), quando se sabe que o inquérito policial é peça dispensável e que não é vedado ao Ministério Público realizar investigações. Daí a pergunta: nos casos de corrupção de altas autoridades ou da própria polícia, ou ainda nos casos de sonegação fiscal, qual a razão de o Poder Legislativo não ter conferido no mesmo artigo 6º tal possibilidade também ao Ministério Público, ou – o que seria mais coerente – da possibilidade deste, como titular da ação penal, coordenar o procedimento da interceptação? Este é um dos vários aspectos da Lei que dão a nítida impressão do anacronismo do ‘legislador’ brasileiro. Assim como o cometimento ao juiz da possibilidade da determinação da escuta de ofício, a exclusividade da execução da interceptação pela polícia significa uma inadequação da Lei 9.296/96 aos novos tempos.¹⁴⁰

O legislador brasileiro acertadamente dispôs que a gravação da comunicação interceptada será feita quando possível, pois, em alguns casos, não há como gravá-la, por impossibilidade técnica ou mesmo em situações que só há interesse em saber o destinatário da ligação, em que hora foi feita a chamada, mas sem a captação da comunicação telefônica. A gravação comprova a existência da prova, qual seja a comunicação, e a sua transcrição é um meio de prova documental.¹⁴¹

Com o término de todos os atos executivos, a autoridade policial entregará ao magistrado as conclusões da interceptação, acompanhado do auto circunstanciado, documento que consigna o resumo das operações feitas e por este motivo é considerado outro meio de prova documental.

Normalmente, o resumo das operações consiste em detalhar quanto tempo demorou a captação da comunicação telefônica, qual foi a linha telefônica interceptada, etc.

Esta prova documental serve para demonstrar se os atos praticados pela autoridade policial corresponderam exatamente às determinações do juiz. Imagina-se, por exemplo, a menção no auto circunstanciado de captação de comunicação em linha telefônica distinta

¹³⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 221-222.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit. p. 89-90.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 222.

daquela autorizada judicialmente. A prova colhida, com base na violação da intimidade, seria, indubitavelmente, ilícita.¹⁴²

A Lei nº 9.296/96, em seu artigo 8º, trata do momento apropriado para o apensamento do procedimento cautelar da interceptação telefônica aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, *ipsis literis*:

A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, artigo 10, §1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

A interceptação é um incidente do procedimento criminal, abrangendo o processo penal e a investigação criminal. O parágrafo único do dispositivo legal sob comento aduz que a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade policial ou, já instaurada a ação penal, na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente dos artigos 407, 502 ou 538, todos do Código de Processo Penal Brasileiro. Tratando-se do apensamento na fase de investigação, o resultado da interceptação será parte integrante do relatório policial.

No caso de interceptação no curso da ação penal, o apensamento, oportunidade que terá a defesa de tomar ciência da prova colhida, ocorrerá por ocasião da decisão de pronúncia, da sentença no processo ordinário, quando os crimes possuírem pena prevista de reclusão e quando da audiência de instrução e julgamento em relação aos delitos com pena de detenção.¹⁴³

O legislador, ao aludir, no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.296/96, que a apensação da interceptação telefônica poderá ser feita na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto no art. 538 do Código de Processo Penal Brasileiro, agiu de forma equivocada.

A referida prova não é admitida nos crimes previstos com pena de detenção, conforme disposto no art. 2º, III, da legislação em comento. Depreende-se, então, que somente nas oportunidades dos arts. 407 e 502 do Código de Processo Penal Brasileiro é que a defesa terá conhecimento da interceptação.¹⁴⁴

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 222-223.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit. p. 99-100.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit., p. 100.

A interceptação telefônica, quando apensada nos casos em que a ação penal já foi instaurada, será sempre reputada como uma prova nova, uma vez que até este momento a defesa não teve acesso a ela. Melhor seria se a defesa tomasse conhecimento do procedimento de interceptação logo após seu término, para que não ocorresse violação ao princípio do contraditório.¹⁴⁵

Neste diapasão é o ensinamento de Lenio Luiz Streck:

Assim, após as alegações finais, as partes poderão falar acerca do conteúdo da interceptação e de sua transcrição. Soa um tanto estranho que o defensor, já tendo defendido sua tese em alegações escritas, tenha que, após o conhecimento do conteúdo da interceptação, elaborar, quem sabe, nova tese, porque surpreendido por provas que até aquele momento desconhecia. Parece que a lei, ao determinar o apensamento somente após as partes terem oferecido as alegações do artigo 407 e após as alegações finais do rito comum, violou o princípio do contraditório. É evidente que deve haver sigilo na realização da escuta. É evidente que o réu não pode ser informado acerca da escuta. Porém, após feita a interceptação, independentemente da fase em que ocorreu (investigação ou instrução criminal) deve o defensor ter vista do conteúdo do procedimento interceptatório.¹⁴⁶

No intento de penalizar a violação do sigilo das comunicações telefônicas, o artigo 10 da Lei nº 9.296/96 instituiu crime nos termos abaixo:

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

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

Examinando-se a redação da norma legal, chega-se à conclusão de que são dois os crimes preconizados, quais sejam realizar interceptação ilegalmente e quebrar o segredo da Justiça. Tais crimes devem receber análise separada, tendo em vista suas ocorrências distintas, assim como seus agentes.¹⁴⁷

Partindo-se da idéia de que a interceptação é a violação realizada por terceiro em face de dois interlocutores, o crime é consumado com o ato de interceptar, ou seja, ingressar em, intervir, independentemente da realização da gravação.

Qualquer pessoa pode cometer o crime, sendo que, em tese, admite-se a tentativa. Existe um elemento normativo (sem autorização judicial) e um elemento subjetivo (com objetivos não autorizados em lei).¹⁴⁸

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit, p. 100.

¹⁴⁶ Idem, p. 100.

¹⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 40-41.

¹⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 41.

Esses elementos aludidos são alternativos, bastando ocorrer um deles para que o crime esteja consumado. Então, não obstante tenha sido a interceptação autorizada judicialmente, se a finalidade é distinta da investigação criminal ou instrução processual penal, o crime acontece.¹⁴⁹

Em contrapartida, caso a interceptação seja realizada com a finalidade correta, porém sem a necessária autorização judicial, também incide a norma penal sob comento. Todas essas condutas são criminosas e a prova colhida por essas maneiras é ilícita e deve ser rejeitada pelo julgador.¹⁵⁰

Salienta-se que “sem autorização judicial” significa interceptar sem ligação com a decisão judicial e mediante o procedimento legal. Em que pese essa afirmação, a norma penal não exige prévia autorização judicial, porque todas as interceptações feitas com autorização são legítimas e a infração penal deixa de existir.¹⁵¹

Pelos termos de Luiz Flávio Gomes, “o objeto material é uma comunicação telefônica, de informática ou telemática. Como se vê, não só a comunicação telefônica tradicional (conversação) está tutelada”.¹⁵²

O jurista acima referido tem este posicionamento porque defende a constitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, conforme já visto.

O crime é permanente, pois a consumação existe durante todo o tempo da feitura da interceptação, ainda que o agente não esteja presente no momento. Admite-se, ainda, co-autoria ou participação e o crime é reputado doloso. Ademais, a pena é a de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.¹⁵³

Em vista da descoberta desse acontecimento, é provável que em breve tenhamos alterações na Lei nº 9.296/96. Alguns juristas, liderados por Ada Pellegrini Grinover, estão analisando a citada lei e irão propor mudanças. O crime de quebra de segredo da Justiça consiste em crime funcional, onde o sujeito ativo é o funcionário público, consoante o conceito dado pelo artigo 327 do Código Penal Brasileiro:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

¹⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit., p. 41-42.

¹⁵⁰ Idem, p. 42.

¹⁵¹ Idem, p. 42.

¹⁵² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Ob. Cit. p. 242.

¹⁵³ GRECO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p. 43.

O acusado e seu defensor não possuem obrigação de preservar segredo de Justiça, apenas incidindo tal conduta criminosa, por exemplo, à autoridade policial e seus agentes, membro do Ministério Público e Juiz.

A consumação do crime ocorre com a revelação do teor do procedimento de interceptação, admitindo-se, em regra, a tentativa, a co-autoria e a participação, sendo que é considerado doloso, tanto eventual como direto.

CAPÍTULO V

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

Não obstante o princípio da proporcionalidade ter sido discutido, sucintamente, em um capítulo anterior, destina-se este capítulo a abordar de forma mais completa o supracitado princípio, bem como sua relação com o cerne desta monografia, que é a interceptação telefônica.

1. HISTÓRICO

No que concerne às origens da proporcionalidade, é interessante comentar que, já na Grécia Antiga, Aristóteles, filósofo e discípulo de Platão, utilizava a idéia de proporcionalidade no campo filosófico, onde, nas palavras de Francisco Fernandes de Araújo, *"fazia largas referências ao meio termo e à justa medida, que, naquela época, correspondiam ao princípio da proporcionalidade e era idéia ligada a justiça material"*.¹⁵⁴

Para os gregos da antiguidade, a idéia disciplinadora do bom comportamento do indivíduo, que designava o que era bom e justo, era exatamente a idéia da proporcionalidade, contudo, apenas na seara da filosofia.

Com o decorrer do tempo, a primeira aplicação da proporcionalidade no âmbito jurídico se deu no direito romano, mormente, por meio da máxima *summum jus summa injuria*, pela qual já se vislumbrava a necessidade de coibir o abuso do direito através da ponderação consubstanciada na idéia de proporcionalidade.

A proporcionalidade também serviu de inspiração para a elaboração da Lei das XII tábuas, que estabelecia a Lei de Talião, segundo a qual a pena cominada ao delinqüente era igual ao mal que ele ocasionara.

No século XIII, na Carta Magna, outorgada pelo rei João Sem Terra, a proporcionalidade já alcança proporções mais similares às atribuídas hodiernamente, tendo em vista que visa a opor limites ao arbítrio e à onipotência estatal.

Nesta perspectiva, e concernente à formação e nascimento do Estado de Direito, é oportuno citar o comentário de Willis Santiago Guerra Filho:

¹⁵⁴ ARAUJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade - Significado e Aplicação Prática*, 2002, p. 33.

Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na Magna Carta Inglesa, de 1215, na qual aparece com toda a clareza manifestada a idéia referida, quando estabelece que o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.¹⁵⁵

Contudo, na acepção da doutrina majoritária a proporcionalidade surgiu na Idade Moderna, precisamente com o surgimento do Estado de Direito. Ao falar-se em proporcionalidade, não devemos olvidar a contribuição significativa advinda das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII.

Suzana de Toledo Barros, afirma em sua obra que:

O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. É essa consciência que existiam direitos oponíveis ao próprio estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.¹⁵⁶

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, nos moldes adotados hodiernamente, encontra-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

Sua origem remonta aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista - em que o governante tem poderes ilimitados - para o Estado de Direito, que pela primeira vez emprega-se o princípio da proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos¹⁵⁷.

Nesta primeira fase, a doutrina do direito natural buscou garantir os direitos individuais da classe burguesa através da criação de mecanismos de limitação do poder. Tratava-se, sobretudo, de consagrar meios capazes de garantir a não-intervenção do Estado nas esferas em que sua omissão era essencial ao exercício destes direitos. Desde cedo, o juiz da *Common Law* pautou-se na comparação entre a situação de fato e a regra do precedente,

¹⁵⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p.75.

¹⁵⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.p.35.

¹⁵⁷ Idem. p.34 e ss.

tendo por parâmetro a noção do comportamento razoável segundo as circunstâncias, na elaboração de suas decisões.¹⁵⁸

Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia¹⁵⁹, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

A inserção deste princípio no campo constitucional, por sua vez, deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, norteadas pela doutrina iluminista principalmente no que concernia à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade.

Em 1789, fundamentada nas idéias dos jusnaturalistas, sobreveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, marco da Revolução Francesa.

A Constituição Francesa de 1791 previu expressamente o princípio da legalidade em seu art. 3º. A partir daí, a doutrina francesa elaborará instrumentos processuais almejando sua efetivação, o que acabará por, implicitamente, delinear o princípio da proporcionalidade.

Também neste mesmo período, imbuído pelas idéias do iluminismo, o eminente jusfilósofo italiano marquês de Beccaria, em sua famosa obra *dei delitti e delle pene*, propugnou pela aplicação da proporcionalidade da pena a todos condenados pela prática de delitos.

Por fim, no concernente a aplicação normativa da proporcionalidade, a Alemanha teve expressiva contribuição, consoante expõe Francisco Fernandes de Araújo:

O conceito de proporcionalidade como termo técnico jurídico no Direito Alemão foi utilizado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, cujas idéias só bem mais tarde, cerca de um século depois, foram impostas de forma efetiva no campo do Direito de Polícia, por obra do superior tribunal administrativo da Prússia.¹⁶⁰

Cumpre-se mencionar o instituto do *réours pour excès de pouvoir*, que permitiu postular-se perante o Conselho de Estado recurso visando à reforma de qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder. Desta forma

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 260.

¹⁵⁹ Idem, p.259.

¹⁶⁰ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Op. Cit., p. 39.

tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados.¹⁶¹

Coube à Alemanha, baseada na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, os delineamentos atuais do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais.¹⁶²

A promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa, assim, um marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica.¹⁶³

Foi, portanto, em consonância com o disposto na referida Lei Fundamental, que o Tribunal Constitucional alemão formulou jurisprudência no sentido de reconhecer a inafastabilidade do controle da constitucionalidade leis em seus três aspectos básicos: necessidade, adequação, e proporcionalidade da medida restritiva.¹⁶⁴

Uma decisão considerada importante é a proferida pelo Tribunal em processo sobre armazenagem de petróleo em 1971. Assim exprimiu-se: “*o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado*”.¹⁶⁵ Desde então, este princípio tem sido largamente utilizado, permitindo-nos afirmar que a trasladação do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional tem sido, em última análise, obra dos tribunais, notadamente da Corte Constitucional alemã.¹⁶⁶

No sistema jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, na doutrina alemã.

Finalmente, no que tange ao respeito aos direitos fundamentais no Brasil, nossos constituintes seguiram exemplo austríaco ao adotar o controle concentrado da

¹⁶¹ O princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto no sistema francês, mas a idéia se encontra subjacente e se apresenta como fundamento de inúmeros julgados. Conforme BARROS, S. Ob. Cit., pp. 40 e 41.

¹⁶² CANOTILHO afirma que, após a Segunda Guerra, o princípio da proporcionalidade expande-se para atender às necessidades de cidadãos e juristas ciosos da elaboração de um direito materialmente justo. Ob. Cit., p. 261.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 1997.

¹⁶⁴ BONAVIDES, P. Ob. Cit., p.360 e ss.

¹⁶⁵ Apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit., p.330.

¹⁶⁶ BONAVIDES, P. Ob. Cit., p.373/374.

constitucionalidade das leis para reprimir eventuais abusos de poder por parte de nossos legisladores¹⁶⁷

Assim, a teoria, ou princípio, da proporcionalidade, desenvolvida na Alemanha e nos Estados Unidos da América, prevista constitucionalmente em Portugal, propõe a ponderação (sopesamento, balanceamento) dos interesses em conflito para a constatação de qual valor, no caso concreto, é proeminente e mais relevante e, portanto, deve ser aplicado.

Tal princípio foi adotado tão amplamente por nossos juristas, que parte da doutrina o erige a princípio constitucional implícito e exerce função primordial na Teoria Constitucional contemporânea, sendo de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais.

2. CONCEITO DE PROPORCIONALIDADE

A denominação “princípio da proporcionalidade” não é a única empregada para transmitir esta mesma noção e conteúdo, motivo pelo qual procederemos a uma breve explanação acerca de outras denominações porventura utilizadas.

A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas *proporcionalidade* e *proibição de excesso*. Os americanos são mais caros ao uso do termo *razoabilidade*, o qual, nada obstante, é também usado em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem, como teremos oportunidade de observar.

Nossa Corte Suprema parece ter adotado a denominação clássica *princípio da proporcionalidade*, a qual vem sendo reiteradamente usada desde o primeiro acórdão proferido em sede de controle da constitucionalidade, que dele fez uso como argumento jurídico, em 1993. Trata-se de nosso *leading case* em matéria de proporcionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal considerou que uma lei obrigando a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda constituía “violação ao *princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos*”.¹⁶⁸

Quanto ao seu conteúdo, mister é analisar a construção da doutrina alemã, por sua clareza e densidade. Trata-se, sobretudo, da clarificação da adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e

¹⁶⁷ O controle concentrado da constitucionalidade foi adotado pela primeira vez pela constituição austríaca de 1920, baseada em projeto elaborado por Hans Kelsen. Conforme nos ensina BARROS, S. Ob. Cit., p.53.

¹⁶⁸ STF, Pleno, j. 1/07/1993, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. O princípio ora em voga terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área.

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade e uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados).¹⁶⁹

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que, ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.¹⁷⁰ O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.¹⁷¹

Além dos três requisitos intrínsecos acima mencionados, pode-se elencar ainda, como pressupostos do princípio da proporcionalidade, a legalidade e a justificação teleológica, e como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade (o órgão de onde emana a decisão judicial deve ser competente e respeitar as hipóteses de limitação previstas pela norma) e da motivação.¹⁷²

¹⁶⁹ CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit., p. 262.

¹⁷⁰ Assim, “O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. (...) Decorre da natureza dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação.” STUMM, Raquel Denise. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995, p.81.

¹⁷¹ CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit., p. 263.

¹⁷² MORAES, Guilherme Braga Peña de. Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria. São Paulo, LTr., 1997.

Cumpra-se, finalmente, destacar que as constituições costumam traduzir-se em um longo elenco de propósitos e finalidades, mas na maioria das vezes são breves na explicitação dos meios a serem utilizados. Assim, desde cedo, a doutrina compreendeu que se uma Constituição define um determinado fim a ser alcançado, ela também lhe defere os meios, daí a importância da interpretação extensiva para a hermenêutica constitucional.

Desta forma, infere-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.¹⁷³

3. A PROPORCIONALIDADE EM FACE DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Colisão entre Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, tratados hodiernamente pela denominação de direitos humanos, também conceituados como liberdades públicas, visam, primordialmente, estabelecer limites ao poder público, e, nas palavras de Canotilho:

cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹⁷⁴

Do exposto, vislumbra-se que os direitos fundamentais, definidos sucintamente, são bens e vantagens essenciais outorgados pelas normas constitucionais e oponíveis ao Estado, bem como aos demais indivíduos.

Os direitos fundamentais costumam ser extraídos e expressados por meio de Princípios Constitucionais, entendendo-se por princípios os "*mandamentos nucleares de um sistema*", ou, na expressão "*mandamentos de otimização normativa*".¹⁷⁵

Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 1997, p.359.

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de, apud. CANOTILHO, J.J. GOMES. In **Direito Constitucional**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 55

¹⁷⁵ A expressão é de Alexy, conforme SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999, p. 14. Ressalte-se que Alexy é um dos grandes expoentes dessa *dogmática principialista* que domina os discursos constitucionais da atualidade.

Tendo em vista o fator primordial de que os direitos fundamentais não são ilimitados e absolutos, vislumbra-se a possibilidade de conflito entre os direitos constitucionalmente declarados.

Sobre o assunto, conceitua José Carlos Vieira de Andrade:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta (...) O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais.¹⁷⁶

Como anteriormente mencionado, os direitos fundamentais não possuem limites fixados, ao contrário, possuem limites "abertos", "móveis", e é justamente isso que propicia um conflito, uma vez que devido a falta de amplitude previamente fixada, estes princípios podem facilmente entrar em colisão.

(...) os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*.¹⁷⁷

Em síntese, pode-se dizer que a colisão entre direitos fundamentais é originada pela própria limitação e relatividade dos mesmos.

3.2. Hipóteses de colisão entre os Direitos Fundamentais

Inicialmente, é profícuo mencionarmos os dois tipos de colisão apresentados pela doutrina, tendo por escopo determinar de forma precisa os contornos da colisão de direitos fundamentais.

Embora hajam diversas divisões estabelecidas por inúmeros doutrinadores, cabe apresentar a aludida caracterização consoante os refinamentos conceituais de Robert Alexy, o qual distingue entre colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisões de direitos fundamentais em sentido amplo.

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ocorrem: (...) quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem

¹⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.220.

¹⁷⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.63.

consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito manifestam-se ou como colisões de direitos fundamentais idênticos¹⁷⁸, ou como colisões de direitos fundamentais diferentes.¹⁷⁹

Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem quando há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos^{180.181}

As colisões de direitos fundamentais são, indubitavelmente, casos de difícil solução. Isto porque o que colidem são direitos fundamentais expressados constitucionalmente, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão consoante a unicidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática.

Nesta acepção, verifica-se que na colisão não se trata de simplesmente sacrificar um direito em prol do outro, vez que, a mera subsunção às normas ou a estrita aplicação dos critérios clássicos de interpretação não restam eficientes para atingir a harmonia almejada.

3.3. Solucionando a colisão entre Direitos Fundamentais

Visando solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de valores, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade.

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de princípios constitucionais, sendo estas normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá observar o imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, atendendo-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

¹⁷⁸ As colisões de direitos fundamentais idênticos classificam-se em quatro tipos:

Primeiro – afetação de idêntico direito de defesa liberal (ex. dois grupos políticos opostos pretendem manifestar-se no mesmo local e horário);

Segundo – afetação de idêntico direito fundamental, que para um dos titulares é direito de defesa e para o outro é direito de proteção (ex. atiradores de elite da polícia pretendem salvar a vida do refém eliminando a vida do detentor do refém. De um lado, o direito de defesa do detentor; do outro, o direito de proteção do refém);

Terceiro – colisão de direitos fundamentais idênticos em razão de que podem manifestar-se positiva ou negativamente (ex. liberdade de crença – compreende o direito de ter e praticar uma crença como o direito de não ter uma crença e de ser poupado da prática de uma crença);

Quarto – a dimensão jurídica de um direito fundamental colide com a sua dimensão fática (ex. igualdade jurídica *versus* igualdade fática).

¹⁷⁹ Colisões de direitos fundamentais diferentes – ex. direito fundamental de comunicação (art. 5º, IX e art. 220, *caput* e §1º, da CF) *versus* direitos gerais de personalidade (art. 5º, X, CF).

¹⁸⁰ Colisão de direitos fundamentais em sentido amplo: colisão de direitos fundamentais individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos (ex. colisão entre a liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco e a saúde pública; colisão entre as liberdades individuais e a segurança pública interna).

¹⁸¹ STEINMETZ, Wilson Antônio de apud. ALEXI, Robert. In Op. Cit., p.65-67.

Todavia, embora a interpretação constitucional seja indispensável, por vezes a mesma não se apresenta suficiente.

Em virtude da enorme influência, primeiro da jurisprudência e, posteriormente, da doutrina constitucional alemã, a partir do final da década de 50, a ponderação de bens desenvolveu-se como proposta metodológica a fim de solucionar a tensão entre direitos fundamentais.

Aludido método consiste, sobretudo, em adotar um critério de primazia entre os direitos ou bens colidentes, que determinará qual o direito ou bem, e em que medida prevalecerá, solucionando, portanto, a colisão.

O método da ponderação de bens foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença do caso *Lüth* em 15/01/1958¹⁸², na qual se decidiu sobre a constitucionalidade de restrição a um direito fundamental.

O referido Tribunal decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer, uma vez que não afetava interesses de terceiros dignos de proteção.

A análise dessa primazia se deu de acordo com as vicissitudes do caso concreto.

A partir do caso *Lüth*, o método da ponderação de bens foi fortemente desenvolvido e consolidado na Alemanha e em outros países.

Concernente ao presente caso, vejamos as considerações de Canotilho, nas palavras de Wilson Antônio Steinmetz:

Para Canotilho, as noções de ponderação (*abwägung*) ou de balanceamento (*balancing*) representam uma viragem metodológica no âmbito do direito constitucional. Identifica três razões para essa viragem: (a) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que considere as circunstâncias do caso; (b) a natureza principal de muitas normas constitucionais, de modo especial aquelas que conferem direitos fundamentais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto, uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia), na qual há um juízo de validade; (c) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.¹⁸³

O saudoso jurista português também é claro e preciso ao estabelecer a diferença entre interpretação constitucional e colisão, conferindo à ponderação de bens existência autónoma que possui a tarefa de equilibrar e ordenar os direitos ou bens conflitantes no caso concreto,

¹⁸² No caso *Lüth*, caracterizou-se a colisão entre o direito fundamental à livre manifestação de opinião e a proteção à atividade industrial em face de um incitamento ao boicote.

¹⁸³ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. Cit., p. 141.

enquanto a interpretação constitucional possui o desiderato de atribuir sentido ou significado normativo a disposições normativas (texto da norma).

Deste modo, a aplicação do método da ponderação de bens requer a observância de pelo menos três pressupostos básicos:

(1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a restrição do outro;

(2) a inexistência de uma hierarquia abstrata entre os direitos de colisão (pelo menos em um primeiro momento);

(3) "a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo-se ter-se em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica".¹⁸⁴

Tais pressupostos indicam que o método da ponderação de bens deve ocorrer em situações concretas e se operacionaliza mediante a aplicação da proporcionalidade.

3.4. A Aplicação da Proporcionalidade

Ocorrendo uma colisão de direitos fundamentais, resta imprescindível a operacionalização do princípio da proporcionalidade, da forma abaixo aduzida.

O primeiro passo é a análise da real existência de uma colisão de direitos fundamentais, o que se faz, nas palavras de Wilson Antônio Steinmetz averiguando, *"interpretativamente, se os direitos em tensão são estatuídos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas –princípios constitucionais"*.¹⁸⁵

Consoante expõe Gonzáles – Cuellar Serrano, *"o exame da constitucionalidade do fim perseguido expressa a realização do princípio da justificação teleológica, pressuposto material da aplicação do princípio da proporcionalidade"*.¹⁸⁶

Nesta acepção, resta evidenciado que a possibilidade de aplicabilidade da proporcionalidade só passa a existir, efetivamente, se o fim perquirido possui legitimidade constitucional.

No segundo passo deve-se visualizar a situação de conflito, tendo por escopo primordial identificar todas as circunstâncias relevantes a serem abordadas no caso concreto.

¹⁸⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio, apud. CANOTILHO, J.J. GOMES. In Op. Cit., p. 142-143.

¹⁸⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. Cit., p. 153.

¹⁸⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio, apud. GONZALES-CUELLAR SERRANO, In Idem p. 153-154.

Cumpra ressaltar, que tanto a verificação de colisão de direitos fundamentais como a identificação das circunstâncias relevantes são classificados pelo TCF alemão como *testes prévios*. Somente após a configuração destes, é que se prosseguirá para a aplicação do princípio da proporcionalidade propriamente dito.

O terceiro passo consiste no exame do princípio da proporcionalidade, por meio da análise sucessiva de seus três subprincípios na seguinte ordem: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, visto que há entre os três subprincípios uma progressão do tipo lógica. Aludida progressão significa que: uma decisão normativa (meio) será considerada proporcional em sentido amplo se ela, primeiro, for adequada, depois, necessária e, por fim, proporcional em sentido estrito. A inadequação do meio já será suficiente para considerá-lo desproporcional. Apenas analisa-se a proporcionalidade à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente.¹⁸⁷

Por fim, caracterizando-se as três situações anteriormente elencadas, tendo-se em vista o caráter principal dos direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto, será necessário se fundamentar racionalmente o resultado da ponderação de bens.

Ante o exposto, percebe-se que a finalidade primordial da aplicação do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, por meio da garantia dos mesmos ante as possibilidades fáticas e jurídicas.

3.5. A autorização judicial para a interceptação e o princípio da proporcionalidade

3.5.1. A problemática da interceptação telefônica

Infelizmente a Lei 9.296/96 não conseguiu aplacar as celeumas em torno da interceptação telefônica.

A problemática das interceptações telefônicas não é recente. Já há alguns anos a interceptação vem sendo, constantemente, realizada de forma ilegal, seja por particulares, que têm acesso aos meios tecnológicos necessários, seja pela própria polícia judiciária, que, em vários casos, utilizou-se inadequadamente de tal recurso.

De acordo com os dados apresentados pelo CNJ em 18/11/2008, atualmente, existem mais de 12 mil interceptações legais em andamento, fora as realizadas por cinco estados (São Paulo, Mato Grosso, Alagoas, Paraíba e Tocantins) que não constam no levantamento. A CPI

¹⁸⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. Cit., p. 154.

das Escutas Telefônicas Clandestinas, que iniciou seus trabalhos em dezembro de 2007 e que obteve prorrogação de suas atividades até fevereiro de 2009, conseguiu apurar, a partir de informações fornecidas pelas empresas telefônicas, que no ano de 2007, 409 mil interceptações telefônicas foram feitas no país, com ordem da Justiça, pelas operadoras Oi, TIM, Brasil Telecom, Telefônica, Vivo e Claro.

De acordo com as informações obtidas pela CPI, ocorrem muitos casos em que, primeiro a Polícia manda grampear o telefone, para só depois começar as investigações. Há suspeitas, também, de que “policiais inescrupulosos” incluem em pedidos de interceptação números de telefones para ouvir outras pessoas, com outros fins, que não da investigação em curso.

É importante ressaltar que tal informação tornou-se conhecida do público em virtude de esclarecimentos prestados pelas empresas de telefonia à referida CPI. No âmbito do Judiciário, ao que parece, inexistia qualquer estatística, ou dado oficial, que permitisse a aferição da quantidade de interceptações telefônicas realizadas no país. Somente ultimamente o judiciário atentou-se para a questão.

A verdade é que, no nosso país, não há um controle sobre as interceptações como deveria haver, os dados estatísticos são contraditórios e nem o judiciário (a quem incube autorizar a interceptação, após verificação de todos os requisitos legais e de forma fundamentada), nem o Ministério Público, que tem o poder-dever de acompanhar as interceptações telefônicas, para garantir a regularidade dos procedimentos e controlar a atividade da polícia judiciária (artigo 5º, da Lei 9.296/96 c.c. artigo 129, VII, da CF), conseguem mensurar as proporções alcançadas pelos “grampos” na sociedade.

Tais estatísticas devem ser apuradas, pois é inadmissível que uma medida que só deve ser autorizada em casos excepcionais tenha se banalizado de tal forma que não há um controle sobre sua autorização.

Os números apurados chamam atenção na medida em que a regra constitucional impõe o sigilo das comunicações telefônicas (artigo 5º, XII, da Constituição Federal), constituindo a escuta uma excepcionalidade. Exceção que só poderia ocorrer se presentes os requisitos legais (artigo 2º, da Lei 9.296/96) e mediante decisão judicial motivada, na hipótese única de destinar-se a prova à persecução penal.

A banalização das interceptações é prejudicial não só à sociedade, que tem sua privacidade invadida, mas também às próprias investigações policiais.

Hoje em dia, é do conhecimento de todos que qualquer um pode ser interceptado de formas legais ou ilegais, e o criminoso já está sendo bem mais cauteloso com as palavras que

pronuncia em suas conversas telefônicas, dificultando a possibilidade de a polícia obter provas acerca dos crimes cometidos que possam ser aproveitadas nas investigações.

Ora, a vulgarização das escutas telefônicas exhibe o descaso judicial quanto ao valor jurídico da intimidade (artigo 5º, IV e X, da CF), bem como o desprezo à legalidade estrita.

Os juízes preferiram ceder ao pragmatismo, às pretensas vantagens das quebras de sigilo à investigação criminal, acatando o falso argumento de que determinadas infrações penais somente se provariam por meio do acesso às comunicações telefônicas.

Não parece crível a ocorrência de tantos crimes, apenados com reclusão, que justificassem a medida (artigo 2º, III, da Lei 9.296/96). Muito menos se mostra razoável imaginar que inexistiriam, em todos esses casos, outros meios aptos à produção da prova (artigo 2º, II, da Lei 9.296/96). E, com certeza, a maioria dos fatos investigados não apresentava indícios de autoria, ou participação (artigo 2º, I, da Lei 9.296/96 c.c. artigo 29, do Código Penal).

A problemática é também grave, quanto se observa o tempo despendido em cada interceptação. Se tomado o exemplo das operações policiais, sob a responsabilidade do Departamento de Polícia Federal, pode-se constatar que algumas interceptações telefônicas perduram por mais de ano, afinal, também se faz letra morta da disposição legal que determina o limite de 15 dias para a diligência, renováveis “por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do meio de prova” (artigo 5º, da Lei 9.296/96).

Tais problemas das escutas telefônicas mostram grandes falhas encontradas na atividade da Justiça Criminal. Os requerimentos de renovação da interceptação são feitos pela polícia judiciária, sem a indicação do motivo e do fim almejado. Promotores públicos e juízes aquiescem com os pedidos, sem conhecer o conteúdo da escuta, nem o andamento da investigação criminal, com as devidas exceções.

Decide-se a renovação sob a pressão da suposta necessidade e urgência da medida, ou porque comovidos com o discurso da gravidade do crime, ou do tamanho da organização criminoso.

3.5.2. A proporcionalidade e a autorização judicial necessária à interceptação

Já vimos que a interceptação telefônica é medida preparatória (quando concretizada em fase policial) ou incidental (se realizada em juízo, durante a instrução). Sendo providenciada “cautelar”, não há dúvidas que tenha que estar de acordo com os pressupostos das medidas cautelares, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Além disso, o art. 2º da Lei 9.296/96 preceitua que:

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

I - não houver indícios razoáveis da 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.

Parágrafo único. 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.

Tais requisitos, que já foram esmiuçados anteriormente, são essenciais para a possibilidade de concessão da interceptação telefônica pelo juiz, pois, caso alguns desses requisitos não sejam verificados no caso concreto, a autorização é nula. A prova só pode ser obtida lícitamente e legitimamente quando cumpridos criteriosamente estes requisitos.

O legislador corretamente procurou disciplinar minuciosamente o procedimento de interceptação telefônica, justamente para a análise de seu cabimento não ficar à mercê de um juízo de valor absolutamente equivocado. São requisitos “garantistas” da excepcionalidade e necessidade da utilização da interceptação telefônica.

O art. 5º da mesma lei dispõe que:

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

A necessidade de motivação é imperiosa no sistema do livre convencimento. O magistrado tem liberdade para valorar e selecionar os elementos do pedido e a comprovação desses elementos, mas deve, obrigatoriamente, justificar o seu pronunciamento.

Como se percebe, a lei é expressa em relação a indispensabilidade da medida, prazo de sua concessão, fundamentação, bem como seus demais requisitos.

Diante de tudo o que foi exposto, resulta como evidente que o juiz, no momento de motivar sua decisão, não deve o ater-se somente às palavras da lei, e nem exteriorizar uma motivação genérica, utilizando em sua decisão termos pouco relevantes para o caso concreto e expressões vagas. Urge o exame exaustivo dos pressupostos fáticos e jurídicos da interceptação. Do contrário será nula a decisão.

O direito não se resume a meros legalismos. Compreende o equilíbrio, a harmonia, racionalidade e proporcionalidade.

O legislador já fez uso da proporcionalidade ao exigir o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, delimitando a admissibilidade da interceptação, exigindo formalidades garantistas.

Impõe-se, mais ainda agora, com uma realidade que vinha se agravando e que agora chegou ao seu clímax, que o juiz faça também uso da proporcionalidade, partindo da premissa de que a interceptação é excepcional e que afeta um dos direitos mais importantes do ser humano, que é o direito ao sigilo das comunicações.

Muito se comenta na doutrina acerca do uso da proporcionalidade no que diz respeito à utilização de determinada prova no processo, indicando que o juiz deverá fixar uma prevalência axiológica de um dos bens, quando comparado com outro bem, de acordo com os valores existentes no momento da apreciação.

Mas o que se observa, após um estudo doutrinário da repercussão que a Lei 9.296/96 alcançou no mundo jurídico, é que a proporcionalidade não vem sendo aplicada corretamente quando da concessão da autorização judicial para a utilização da interceptação telefônica pela polícia judiciária.

É obvio que, diante da situação calamitosa em que estamos, não incube somente ao magistrado a solução de todos os problemas que derivam da matéria. Seriam necessárias políticas públicas de combate à interceptação realizada clandestinamente por particulares, ou mesmo por autoridades públicas, que têm acesso de maneira ilegal à “tecnologia da interceptação”, dentre outras medidas.

Mas a questão do rigorismo e da aplicação efetiva do princípio da proporcionalidade, nos moldes discutidos anteriormente, no que concerne à autorização judicial para a interceptação, é de suma importância, senão indispensável para que sejam amenizados os danos sociais causados pela prática descontrolada da interceptação telefônica.

É importante que se destaque a importância da interceptação telefônica para o combate à criminalidade.

Como é sabido, as organizações criminosas estão a cada dia mais estruturadas e aparelhadas. São responsáveis por incontáveis prejuízos à sociedade. A maneira empresarial como estão organizadas, a abundância de dinheiro para garantir suas empreitadas e, em especial, a forma como se apoderaram de grande parcela dos agentes públicos, tornando e alimentando nosso Estado corrupto, clama por uma verdadeira cruzada investigatória para que ainda possamos esboçar alguma reação, antes que não seja mais possível.

O que ocorre na prática é que as grandes empreitadas criminosas, na quase totalidade das vezes, só são realmente descobertas através da interceptação das comunicações de dados e voz de seus integrantes.

Ressalte-se que o problema maior não é estatístico. A grande falha está no mau uso, com a deturpação de um sistema de investigação que, se utilizado da maneira correta, é bastante eficaz e só traz benefícios para a sociedade.

Essas disfunções podem ser corrigidas pelo Estado, mas não devem servir como desculpa para a inviabilização do procedimento de investigação através da interceptação, para retirar do Ministério Público, da polícia judiciária e da magistratura esse poderoso instrumento de elucidação de fatos criminosos.

Alguns projetos de lei estão em tramitação (em regime de urgência) no Congresso Nacional e devem ser analisados com cautela, pois a tendência é dificultar sobremaneira a realização das interceptações, considerando que algumas propostas chegam a inviabilizar a sua utilização como meio de prova.

Como exemplo, pretende-se implementar o prazo máximo de 30 dias, prorrogável por uma única vez, para a realização da interceptação, excetuando-se apenas os casos de terrorismo e extorsão mediante seqüestro. A lei que está em vigor prevê o prazo de 15 dias, mas a prorrogação pode ocorrer sempre que se encontrarem presentes os motivos que autorizaram a realização da interceptação. Nesse ponto, o projeto de lei recentemente enviado pelo Poder Executivo (PL 3272/2008) é muito mais condizente com a realidade de uma investigação sobre crime organizado, pois fixa como tempo máximo para a interceptação, 360 dias ininterruptos, ainda contemplando exceções.

Há também propostas que visam a impedir a utilização da comunicação interceptada como elemento de prova para o início de outra investigação distinta daquela que ensejou a medida. Assim, se estiver sendo acompanhada uma comunicação telefônica no bojo de um inquérito policial que visa a desbaratar uma quadrilha de traficantes de drogas e, através das escutas, for descoberto que essa quadrilha também trafica órgãos humanos, não seria possível utilizar os diálogos para iniciar uma investigação específica sobre tráfico de órgãos, o que dificulta a ação policial.

Outro ponto polêmico, mas muito importante, é a tendência, mesmo no projeto de autoria do Executivo, de não se aceitar, de forma alguma, a utilização de diálogo travado entre o investigado e seu advogado, sem excepcionar, de maneira clara, que, por vezes, o defensor do investigado é um dos principais integrantes da organização criminosa, como ocorreu recentemente no nosso país. Essa imunidade que se pretende dar aos defensores não apresenta benefícios, pois se sabe que grandes organizações não prescindem da conduta ativa de maus advogados, alguns dos quais planejam as ações criminosas e dão aparência de legalidade às mesmas, especialmente nos chamados “crimes do colarinho branco”.

Há ainda congressistas que defendem projetos de lei que retirem do Ministério Público a possibilidade de requerer, no curso do inquérito policial, a realização da interceptação de dados e voz. Essa possibilidade é expressa na legislação atual (Lei nº 9.296/96) e seria de grande prejuízo a sua retirada, tendo em vista os serviços prestados pelo Ministério Público à nação, especialmente quando, por motivos diversos, a autoridade policial não se esmera na elucidação do crime, ou é ela mesma a investigada.

Vale mencionar um projeto que prevê que, para ser utilizada uma escuta telefônica como prova em processo, faz-se necessária sua transcrição integral, isto é, a degravação de todos os áudios captados. Esse texto ocasionaria, na prática, a inviabilização do uso da interceptação telefônica como meio de investigação.

Tal raciocínio beneficiaria o crime, em nome da proteção a um valor, qual seja a dignidade da pessoa humana, justamente o bem jurídico que está sendo gravemente ofendido, em razão da violência, da corrupção e da total insegurança que tem origem na criminalidade moderna, que atinge a todos nós.

CONCLUSÃO

A interceptação telefônica é a gravação, a captação de conversa telefônica efetivada por um terceiro, com o conhecimento ou não de um dos interlocutores, ou seja, de acordo com a Lei nº 9.296/96, é a interceptação *stricto sensu* e a escuta telefônica. É um instrumento importante para a investigação policial, sendo utilizada para desarticular grandes organizações criminosas, que tanto prejuízo causam à sociedade.

É relevante constatar que a interceptação telefônica é medida de caráter excepcional, só podendo ser autorizada pelo juiz quando todos os requisitos legais para a sua concessão estiverem preenchidos, caso contrário, além de nula a decisão do magistrado que autorizou tal interceptação, a prova obtida por meio de uma interceptação ilegítima, não poderá ser aproveitada na ação penal, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

A excepcionalidade da interceptação telefônica deve ser sempre observada em virtude dos reflexos sobre os direitos da personalidade. Importante frisar que é o princípio da proporcionalidade o responsável por solucionar esta problemática.

A perseguição criminal, em algumas situações, pode esbarrar em garantias fundamentais do indivíduo. E a relativização dessas garantias ocorre por haver em jogo um interesse social preponderante.

Atualmente, muitas polêmicas estão sendo levantadas sobre o excesso de interceptações autorizadas pelos juízes e sobre as interceptações ilegais, que são realizadas não só por particulares, mas também pelos próprios agentes públicos. Mais do que uma discussão quantitativa, observou-se, neste estudo, que a problemática maior refere-se ao mau uso das interceptações telefônicas, a critérios qualitativos.

Necessário é, portanto, que o princípio da proporcionalidade seja aplicado pelo Julgador quando da valoração desses direitos colocados em confronto, já que ambos possuem pesos distintos conforme a situação concreta que se apresentam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: CEPC (Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales), 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAUJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática**. Campinas: Copola, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos** -, 2 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996

BARROSO, Luís Roberto. **O princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade**, disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/.htm>>, acesso em 26/09/2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2 ed., São Paulo: RT, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo; **Constituição Federal Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Das Provas Obtidas Illicitamente e Das Provas Contrárias à Moral**. Revista da Faculdade de Direito da USF, vol. 16, nº 2, p. 71-82, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial: juizados especiais criminais, Interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos**. v. 2. 4 ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **Curso de Processo Penal**, 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. Saraiva. São Paulo: Saraiva. 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, 19ª ed.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários A Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena (Coord.); LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no séc. XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Rivanildo Pereira. **A proteção constitucional d vida privada e a reparação do dano moral**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 29, 1999.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993

FILHO, Fernando da Costa Tourinho Filho. **Processo Penal, V. 3**. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**, São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975,

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Proibição das provas ilícitas na constituição de 1988**. In: MORAES, Alexandre de (org.). **Os 10 anos da constituição federal**. São Paulo: Atlas, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____.et. al., **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KENNY, Kellyane; RIOS, Taiana. **Das Provas Ilícitas No Processo Civil**. in: www.unifacs.br/000/corpodiscente/graduação/título.rtf. Acesso em: 11/10/2008, às 11h.

KNIJNIK, Danilo. **A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93**. Revista da Ajuris nº 66. Ano XXIII. Março de 1996.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Provas Ilícitas. Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial**, São Paulo, nº 14/98, p. 288/296, 2ª quinzena de julho de 1998.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHARTIGO, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Editora Revista dos Tribunais. Tomo I. Volume 05. Ano 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Andamentos, 1999

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código de Processo Penal interpretado**, 2. ed., Atlas, 1994, p. 35.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 216-226, jan./mar. 1996

MOREIRA, Rômulo de Andrade, **Direito Processual Penal**, Salvador: Jus Podium, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários À Lei nº 9.296, de 24-07-96. Interceptação de Comunicações Telefônicas**. São Paulo: LED de Direito, 1996.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.26, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SANTOS JÚNIOR, Aldo Batista dos. **Da Prova Ilícita.** In: www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal43.htm, capturado em 07/11/2008, às 11h24min.

SILVA, César Dário Mariano da. **Provas Ilícitas.** 2 ed., São Paulo: Leud, 2002.

SILVA, Eduardo Silva da; et al. **Teoria Geral do Processo.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 11 ed. rev. São Paulo:Malheiros, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 01.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001,

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo,** São Paulo: Ssaraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.