

**wwwESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

ALTAIR MARIOT JÚNIOR

ESCUTAS TELEFÔNICAS

**CURITIBA
2008**

ALTAIR MARIOT JÚNIOR

ESCUTAS TELEFÔNICAS

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.
Orientador: Prof. Eduardo Novacki

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALTAIR MARIOT JÚNIOR

ESCUTAS TELEFÔNICAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, _____ de _____ de 2008.

RESUMO

O presente trabalho trata do tema referente às escutas telefônicas. Como se sabe, as escutas telefônicas possuem importância fundamental nas investigações de crimes complexos, muitas vezes sendo o único instrumento para tal investigação. Sendo assim, o trabalho irá analisar do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial e legal a admissibilidade da escuta telefônica no processo, mais notadamente na sua forma ilícita. O trabalho tem como referência questões atuais dos tribunais superiores, além dos movimentos legiferantes e posições doutrinárias diversas. Para a devida compreensão do tema, desenvolvem-se no decorrer do texto noções referentes à admissibilidade da prova ilícita no processo e as teorias que explicam este fenômeno. Também no decorrer do trabalho tratar-se-á do princípio da proporcionalidade, que fundamenta a aceitabilidade excepcional de provas produzidas ao arrepio da lei. Ao final do trabalho, seguem-se algumas questões atuais no tocante à repressão do uso de 'grampos telefônicos' e os conseqüentes reflexos no plano legal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “PROVA ILÍCITA”	7
3 ACEITABILIDADE DA PROVA ILÍCITA	11
3.1 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	11
3.2 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	12
3.2.1 Princípio da proporcionalidade no processo penal.....	15
3.3 ACEITABILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	16
3.3.1 Aceitabilidade da prova ilícita ‘pro societate’.....	20
4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	22
5 TENDÊNCIAS E PROPOSTAS LEGISLATIVAS	29
6 CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho procura sistematizar o que o ordenamento jurídico brasileiro já produziu a respeito do tema escutas telefônicas.

O tema recentemente ganhou muito destaque a partir de casos expostos na mídia, principalmente nas grandes operações policiais, tendo em vista que a escuta telefônica é um recurso, recente em nosso ordenamento jurídico, muito eficiente para investigação do crime organizado.

Atualmente, vivemos em uma sociedade onde a ética e a lisura são qualidades inerentes à cargos públicos e pressupostos necessários para um governo probó.

Assim, algumas forças remanescentes de um passado não muito distante, estão sendo surpreendidos pelas novas tecnologias e métodos de investigação, fazendo com que seus meios corruptos arcaicos não consigam passar despercebidos pela sociedade.

O trabalho inicia-se com o que a doutrina entende por prova ilícita, para logo após uma reflexão sobre colisão de princípios (resolvido por muitas vezes pelo princípio da proporcionalidade) e finalmente uma análise sobre o caráter absoluto da aceitação da prova ilícita.

Na segunda parte do trabalho, analisaremos a figura de investigação “escuta telefônica”, seus requisitos, posições jurisprudenciais acerca do tema e as polêmicas que giram em torno deste instrumento.

Por fim, através de notícias trazidas pela mídia, trataremos de maneira crítica do movimento iniciado nestes últimos anos contra a utilização da escuta telefônica. Além disto, iremos demonstrar os reflexos deste movimento no plano legislativo, jurisprudencial e doutrinário.

2. ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “PROVA ILÍCITA”.

Atualmente em nosso ordenamento jurídico a regra paradigma para todo o sistema no tocante as provas encontra-se na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVI. Quando a Constituição Federal se refere sobre a vedação da prova ilícita, quer realmente dizer que a prova vedada é aquela que é ilícita ou ilegítima. Esta posição foi há muito tempo adotada pelo Código de Processo Penal italiano.

Apesar do sentido dado pela Constituição Federal de 1988 sobre as provas ilícitas, o Código de Processo Penal brasileiro não trata detalhadamente da problemática da aquisição da prova,

(...) mas prevalece a interpretação de que teremos que nos ater aos meios de aquisição, e, antes mesmo deste próprio ato, deverá ser feita a valoração se a prova pode ser admitida, e, para tal, a mesma não poderá ter vícios¹.

Como a persecução penal possui o interesse público como prevalecente, é de se imaginar que os elementos probatórios devam ser ilimitados. Mas como devemos interpretar esta falta de limite? Segundo a maior parte da doutrina, a falta de limite só pode ser considerada se dentro dos parâmetros constitucionais e do ordenamento jurídico. Assim, as provas que atentam contra o ordenamento jurídico em vigor são inadmissíveis para o processo.

A prova obtida por meio indigno, imoral, ilícito ou ilegal atenta diretamente contra os princípios que fundamentam a nossa sociedade, mais notadamente a dignidade da pessoa humana.

¹ LIMA, Marcellus Polastri. **Provas lícitas ou ilícitas: considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº. 24, FEV-MAR/2004, p. 49.

Até aqui, os pontos analisados são de fácil percepção para o aplicador do direito. O problema se evidencia quando se afirma que todo o cidadão possui um direito à prova, um direito subjetivo da parte de introduzir no processo o seu meio probatório. Paralelamente ao direito de prova, há direito à exclusão da prova (inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes) ².

Com a conjugação dos direitos acima descritos, a solução aparente seria a decretação da nulidade da prova inadmissível. Mas com esta singela opção outros problemas surgiriam para o deslinde dos feitos, como a produção de atos inúteis, ineficazes ou anuláveis.

A doutrina, sabiamente, analisando os encadeamentos lógicos do estudo probatório, distingue a prova nula da prova inadmissível. Segundo o autor Antônio Magalhães Gomes Filho, a admissibilidade da prova

(...) consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de provas inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos³.

O raciocínio acima estabelecido é também realizado na classificação doutrinária das provas, em que sua inadmissibilidade pode ter o aspecto processual ou aspecto material. Para o autor Guilherme de Souza Nucci,

(...) abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada em lei) ⁴.

Assim, quando a proibição da prova for estabelecida por uma lei processual (artigos 155, 158, 167, 207, 208 do Código de Processo Penal, por exemplo) a prova

² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 83.

³ Ibidem, p. 95.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2007, p. 336

será ilegítima ou ilegitimamente produzida. Quando a proibição for de natureza material, será considerada ilicitamente obtida.

Merece ainda destaque a Lei nº. 11.690/2008, que deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal. Tal lei admitiu expressamente os ditames constitucionais e tipificou no *codex* processual a inadmissibilidade das provas ilícitas ao processo. Vale a pena a sua transcrição:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Verifica-se pela norma acima transcrita que a lei também admitiu a teoria dos frutos da árvore envenenada, que será adiante analisada.

Toda a digressão entabulada até o presente momento faz parte de uma corrente doutrinária, cuja importância reside no

(...) fato de que a utilização da expressão 'vedadas' já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Coincide, assim, perfeitamente, com o enunciado da garantia inserida pelo constituinte brasileiro, no artigo 5º, LVI (...) ⁵.

Assim, define-se a prova ilícita (sentido estrito) como:

(...) a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela CF e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade ⁶.

⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato apud LIMA, Marcellus Polastri. op. cit.

⁶ Idem.

Esta idéia para a fixação de um padrão para o conhecimento de provas, de modo a ser único em todo o ordenamento, repousou no que a doutrina chama de princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, sendo fixado primeiramente na legislação norte-americana.

3. ACEITABILIDADE DA PROVA ILÍCITA.

Conforme exposto no capítulo anterior, a ilicitude é tratada pela Constituição como um gênero, onde são espécies a prova ilegítima e ilícita (sentido estrito). A inadmissibilidade da prova ilícita deve ser entendida conforme duas orientações presentes em nossa doutrina e legislação.

3.1. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

A primeira teoria chama-se 'teoria dos frutos da árvore envenenada', 'teoria da prova ilícita por derivação' ou 'teoria do efeito à distância'. Nesta teoria, "(...) quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham"⁷. Esta teoria foi construída nos Estados Unidos, mais precisamente no julgamento do caso 'Silverthorne Lumber Co. v. United States' (US 385; 40 S. Ct. 182; 64 L. Ed. 319), de 1920, onde se cunhou a expressão '*fruits of the poisonous tree*', Esta posição é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, materializada hoje pelo disposto no artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal.

(...) A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p.337.

por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988). (HC 93050 / RJ - RIO DE JANEIRO. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 10/06/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma).

A segunda teoria é conhecida como teoria da proporcionalidade ou teoria da razoabilidade ou teoria do interesse predominante. Segundo esta doutrina, a análise probatória tem sempre por finalidade equilibrar direitos individuais com interesses sociais, não se admitindo a rejeição total das provas obtidas por meios ilícitos. Para melhor elucidação desta teoria, faremos a sua análise separadamente.

3.2. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Segundo o autor José Laurindo de Souza Netto, a proporcionalidade entende-se como uma relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas, revelan-

do-se em uma igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo já comparadas entre si⁸.

O princípio da proporcionalidade surgiu na história como uma medida para os atos do poder público, tendo como objetivo auferir se tais atos estariam amparados pela mais plena justiça. Originariamente, o princípio surgiu no direito administrativo, sendo um obstáculo para as atuações administrativas em face às liberdades individuais do cidadão.

Diante desta origem, pode-se concluir que havendo uma limitação ao poder do Estado previsto num âmbito normativo, é certo de que o princípio da proporcionalidade relaciona-se unicamente com um Estado de Direito.

Posteriormente, o princípio da proporcionalidade ganha novos contornos, mais especificamente na Alemanha e com a teoria da proibição dos excessos (*Übermassverbot*), que dá uma face constitucional ao princípio. Segundo o autor José Laurindo Souza Netto,

(o princípio da proporcionalidade) torna-se um princípio constitucional com expressão da pretensão geral de liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do status civitatis, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justificada quando não ultrapassa o estritamente necessário à consecução do fim pretendido⁹.

Na doutrina constitucional, podem-se identificar três funções básicas para o princípio da proporcionalidade: proteção à liberdade, difusão dos demais direitos e garantias básicas e solução de conflitos de direitos fundamentais. A primeira função pode ser visualizada na característica do princípio em proteger o cidadão contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas. Cabe ressaltar aqui que este princípio não encontra disposição expressa em nossa Constituição Federal, sendo

⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal – Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62-63.

⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 64.

seu entendimento o fruto de interpretações de princípios e da idéia de justiça. Já a segunda função pode ser observada quando há lesão de direitos e garantias do cidadão, resultando em uma análise valorativa entre os diversos meios existentes para a consecução da finalidade estatal. Para a efetivação no mundo dos fatos do princípio da proporcionalidade, tendo como pressuposto qualquer limitação à direitos e garantias do indivíduo, entende o autor José Joaquim Gomes Canotilho que:

(...) deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada à prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, que, embora adequadas, não sejam necessárias a se obter os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida então será exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos 'coativo', relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (princípio da 'justa medida') significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote 'cargas coativas' de direitos, liberdades e garantias 'desmedidas', 'desajustadas', 'excessivas' ou 'desproporcionadas' em relação aos resultados obtidos¹⁰.

Por fim, a terceira função tem a missão de solucionar conflitos principiológicos através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Conforme explicita o autor Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos¹¹.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit.

¹¹ BONAVIDES, Paulo apud ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 20 out. 2008.

3.2.1. Princípio da proporcionalidade no processo penal.

Conta o autor José Laurindo Souza Netto que a primeira vez em que houve a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal, foi na Alemanha no ano de 1875. A aplicação se deu por ocasião de um julgamento em que jornalistas recusaram-se a testemunhar, propondo-se a aplicação proporcional das penas nos processos em que os jornalistas não depuseram.

Na Alemanha, transportou-se para o processo penal a idéia da força normativa do princípio da proporcionalidade, possibilitando, assim, um controle judicial de tal princípio.

Ressalta-se neste momento a grande importância de tal princípio no processo penal, tendo em vista que neste campo é mais gritante o embate entre os direitos do indivíduo e do Estado. Neste sentido é a afirmação do autor Nicolas Gonzáles Cuel- lar Serrano,

(...) No Direito Processual Penal as graves ingerências e limitações que os cidadãos se vêm obrigados a suportar só podem justificar-se, desde uma perspectiva de respeito constitucional, se cumpridos todos os pressupostos e requisitos próprios do princípio da proporcionalidade, que tende a solução dos conflitos entre interesses contrapostos, apoiados em valores legítimos, sem anular ao mais debilmente tutelado, satisfazendo-os equilibradamente segundo a sua importância, porém, há de se advertir, inclinando-se preferencialmente pelo valor liberdade.¹²

A aplicabilidade desde princípio no Brasil pode ser vislumbrada nos seguintes julgados citados pelo autor Jose Laurindo Souza Netto:

STF. HC 77.003/PE, sendo relator o Min. Marco Aurélio: “Justa causa – Insignificância do ato apontado como delituoso. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

STF. HC 75.889/MT, sendo relator o Min. Marco Aurélio: “A teor do artigo 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência consubstancia circunstancia le-

¹² GONZALES-CUELLAR-SERRANO, Nicolas apud SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit.

gal agravante, não podendo ser considerada como critério para fixação da pena-base. Ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada, bem assim o critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, a sentença que na primeira etapa da individualização da pena fixa seu quantum no limite máximo previsto para o tipo penal.

3.3. ACEITABILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Doutrinariamente, vem a cada dia ganhando mais espaço a possibilidade de admissão no processo da prova ilícita, mesmo diante de uma aparente violação de normas previstas na Constituição Federal.

Pondera-se que esta violação somente pode ocorrer em casos excepcionais, quando há um embate de princípios que deverão ser sopesados para o deslinde da causa. Conforme nos informa o autor Marcellus Polastri Lima, são defensores desta posição os autores BARBOSA MOREIRA, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGAO e SERGIO DEMORO HAMILTON, dentre outros, e, na Alemanha a doutrina vigora majoritariamente¹³.

Segundo esta corrente poderá restar anulada a vedação expressa no artigo 5, inciso LVI da Constituição Federal se existirem outros conteúdos valorativos que igualem ou superem a vedação legal. Considera-se, então, que um eventual conflito (mesmo que superficial) entre direitos e garantias individuais, impõem-se a prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso concreto.

Observa-se que a maior parte da doutrina não dá um sentido amplo ao princípio da proporcionalidade. Assim, as disposições legais usadas como referências a interpretação deste princípio, são casos taxativos “(...) não sendo possível inferir a

¹³ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit.

sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a direitos fundamentais”¹⁴.

O entendimento citado acima é o prevalecente no Supremo Tribunal Federal, que admite a aplicação do princípio da proporcionalidade somente em relação a defesa, sendo a prova ilícita admissível apenas se viesse em favor da defesa e nunca em favor da sociedade.

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito a prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; e nesse sentido, alias que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito a prova de defesa é superior¹⁵.

A problemática da adoção estanque deste entendimento faz surgir no plano fático diversos problemas, entre eles os citados pelo autor ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES: 1) a violação da correspondência de um preso com a conseqüente descoberta de um plano de fuga e um plano para o seqüestro de um Juiz de Direito; 2) interceptação telefônica ilícita que prova a inocência do réu. Vislumbra-se nestes exemplos que só no segundo caso aplicar-se-ia o princípio da proporcionalidade conforme entendimento acima exposto. Assim, o autor supracitado defende uma interpretação mais ampla do princípio da proporcionalidade:

a proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo de correspondência, superada pela necessidade de se ver preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita, e, por isso, não há afronta a regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada a luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de or-

¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhaes apud LIMA, Marcellus Polastri. op. cit.

¹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhaes apud LIMA, Marcellus Polastri. op. cit.

dem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada¹⁶.

O momento do sopesamento da prova ilícita acima referida tem gerado algumas discussões interessantes a respeito do tema. Em regra, deve-se o juiz se ater ao momento da constatação no processo da prova ilícita. Tendo conhecimento da origem ilícita da prova antes de sua produção ou de sua juntada ao processo, o juiz não pode aceitá-la, na forma do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Caso a irregularidade da prova seja conhecida após a sua juntada ao processo, o juiz deve desentranhá-la e não poderá levar em conta para a formação de seu convencimento tal prova, motivo pelo qual a Lei nº. 11.690/2008 tentou modificar o artigo 157 do Código de Processo Penal, inserindo o § 4º (vetado pelo Presidente da República) que dizia: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Tal dispositivo foi vetado tendo em vista que iria de encontro aos princípios da efetiva e célere prestação jurisdicional.

Caso a prova inadmissível se choque com um preceito constitucional de igual ou superior relevância, como deve proceder o juiz? Como cita o autor Celso Bastos, “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto”¹⁷, razão pela qual, se há uma disposição específica na Constituição Federal que veda o erro judicial, como se justificaria a proibição de uma prova ilícita que prove a inocência do réu? Tendo conhecimento o juiz da causa da origem ilícita da prova e sabendo que a prova destina-se a absolver o acusado, deve ser a prova admitida, pois o erro judiciário deve ser a qualquer custo combatida. Para os autores ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO

¹⁶ SCARANCE FERNANDES, Antônio apud LIMA, Marcellus Polastri. op. cit.

¹⁷ BASTOS, Celso apud NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit

SCARANCE FERNANDES, o réu que colheu a prova ilícita está, na realidade, agindo em legítima defesa. Para o autor GUILHERME DE SOUZA NUCCI,

tal posição é, de fato, justa, fazendo-nos crer que é caso até de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado, quando não for possível reconhecer a legítima defesa¹⁸.

Portanto, cabe ao juiz da causa verificar a pertinência da prova para evitar o erro judiciário e, conseqüentemente, não prejudicar o indivíduo que esta sendo acusado.

O problema revela-se quando se deixa de lado valores estampados na Constituição Federal (vida, liberdade) em face da proibição contida no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Ou, conforme propõe o autor Sérgio Demoro Hamilton,

deve o criminoso ficar impune, como pretende a doutrina majoritária, ou, ao contrário, impõe-se ensejar ao juiz a oportunidade de colocar na balança os direitos e aos valores postos em contraste, dando-se ao caso concreto a solução justa¹⁹.

Continua o autor,

(...) permito-me, à guisa de exemplo sem a mínima preocupação em esgotar as infrações penais em que ele poderia encontrar aplicação, indicar os chamados crimes hediondos, como aqueles em que o juiz poderia não deixar impune o criminoso, aproveitando a prova obtida por meio ilícito”²⁰,

arrematando,

(...) acaso não seria mais justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para chegar-se à punição do criminoso?²¹.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 338.

¹⁹ HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº. 06, FEV-MAR/2001, p. 53.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

3.3.1 Aceitabilidade da prova ilícita 'pro societate'.

Conforme opinião da doutrina que aceita a prova ilícita produzida em favor da sociedade, esta merece igualmente proteção, assim como o indivíduo.

Tendo como referência o sistema proposto pela Constituição Federal, onde as normas e princípios vivem em harmonia, havendo apenas uma gradação nas normas fundamentais, é claro que devemos analisar o artigo 5º, LVI dentro deste sistema harmônico. Sobre esta questão, aduz o autor Celso Ribeiro Bastos

(...) que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita.²²

salientando que

(...) a norma está a exigir 'alguns temperamentos', prestigiando o interesse social na realização da justiça em detrimento do direito individual encarnado em uma pessoa.²³

Os 'temperamentos' acima citados foram sentidos na jurisprudência pátria, inicialmente em um caso que se tornou clássico, em que escutas telefônicas foram realizadas em um presídio antes da lei que regulamentava a matéria. Decidiu Superior Tribunal de Justiça:

HC nº. 3.982/RJ. Min. ADHEMAR MACIEL: "(...) Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a Exclusionary Rule não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.
Min. WILLIAN PATTERSON: "(...) escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de colher uma prova desta ordem, até em favor do inocente.

²² RIBEIRO BASTOS, Celso apud HAMILTON, Sérgio Demoro. op. cit.

²³ Ibidem.

Pode-se entender a expressão ‘temperamentos’ como de que modo o intérprete deve analisar a fria letra da lei. O modo de interpretação deve aproximar-se da melhor consequência dos efeitos práticos na coletividade, evitando uma interpretação ilógica e absurda, que subverta a ordem legal e os valores morais que informam uma coletividade.

Outro ponto delicado seria a punição do infrator que obteve a prova ilícita. Como observa o autor Sérgio Demoro Hamilton, o réu que comprova a sua inocência por meio de um prova obtida ilicitamente, não seria punido, tendo em vista a tutela da liberdade do indivíduo e o sacrifício de um bem jurídico de menor valia. Aprofundando a explicação, o autor Sérgio Demoro Hamilton cita o caso em que um terceiro pratica um ato que gera a prova ilícita e esta possui o condão de resolver um crime gravíssimo. Sendo assim, deveria haver punição do terceiro tendo em vista a violação de direito material? Havendo a punição, terceiro seria instado a apresentar a prova? Este tipo de problema surge quando o legislador constitucional veda qualquer tipo de ressalva ao entabular o enunciado do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, o que facilmente seria corrigido se houvesse exceções inseridas na redação do artigo referido.

Arremata o autor Roberto Prado de Vasconcellos,

(...) é um vício constante na doutrina afirmar que as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser utilizadas contra o réu. O problema de se tratar de assuntos tão importantes apenas no âmbito da abstração, sem testar suas construções doutrinárias com exemplos hipotéticos, leva a injustiças freqüentes, bem como ao esquecimento dos problemas crônicos que necessitam de soluções urgentes. Exemplifique-se com o caso do combate ao narcotráfico. Não se pode negar que é notória a freqüência com que os meios convencionais fracassam na resolução destes problemas²⁴.

²⁴ VASCONCELOS, Roberto Prado de. **Provas Ilícitas (Enfoque Constitucional)**. Revista dos Tribunais, nº. 791, SET/2001.

4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Já entrando no tema principal deste trabalho, que já vem há muito tempo sendo discutido no meio jurídico, mais notadamente no Direito Penal e no Direito Processual Penal, vislumbro que a interceptação telefônica é o método mais controvertido para a colheita de provas, diante da tutela da intimidade (assegurada constitucionalmente) e da eficiência do meio para a solução de controvérsias e dúvidas em relação a crimes de difícil comprovação por outros meios de prova.

A Constituição Federal de 1988 explicitou de modo contundente a dubiedade da questão, ao dispor em seu artigo 5º, inciso XII que

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Somente no ano de 1996, foi promulgada a Lei Federal nº. 9.296/1996 (Lei das Interceptações Telefônicas), que dispõe em seu primeiro artigo que

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.

Segundo a doutrina corrente, interceptar possui o sentido de “(...) imiscuir-se em conversa alheia, seja por meio telefônico (interceptação telefônica), seja por qualquer outra forma de captação (interceptação ambiental)”²⁵. A princípio, a expressão interceptação telefônica pressupõe que há uma captação por terceiro de uma conversa entre duas outras pessoas, sendo esta captação desconhecida pelos interlocutores. Muitos doutrinadores entendem que esta conversa gravada por ter-

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 340.

ceiro não participante do diálogo chama-se interceptação telefônica em sentido estrito. Como acima referido, a Lei nº. 9296/96 trata da possibilidade deste tipo de gravação adentrar ao processo licitamente, desde que atendidos alguns requisitos básicos.

Os requisitos encontram-se previstos de forma inversa no artigo 2º da Lei nº 9.296/96, indicando quando não poderá ocorrer a interceptação. No parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, o legislador também arrola outros requisitos autorizadores para a interceptação:

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.

Assim, a lei prevê como requisitos para a interceptação telefônica legal os seguintes: 1) razoável indício de autoria ou participação; 2) a interceptação telefônica como único meio de prova para apuração do delito; 3) o crime seja punido com pena de reclusão e 3) descrição clara do objeto da investigação.

Conforme sustenta Vicente Greco Filho, é lamentável a redação deste artigo de forma negativa, pois “(...) sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável o ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção”.²⁶

Prevê ainda a Lei de Interceptações telefônicas que a mesma poderá ser determinada pelo juiz da causa de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do

²⁶ GRECO FILHO, Vicente apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2007, p. 652

representante do Ministério Público. Tal decisão deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade (artigo 5º da Lei nº. 9.296/96) indicando a forma de execução que não poderá exceder o prazo de 15 dias prorrogáveis por igual prazo.

Estipulado o entendimento inicial, duas questões são de interessante reflexão: caso seja autorizada uma interceptação telefônica, e esta descubra outro crime diverso daquele que justificou a medida, a prova seria válida? A maioria da doutrina entende que seria válida, argumentando que a descoberta de outro crime diferente do almejado para a prova inicial, também evidencia a necessidade de se proteger outro bem jurídico de importância para o Estado, necessitando-se adotar o princípio da proporcionalidade para desfazer a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita. Neste sentido, os autores Luiz Flavio Gomes e Raul Cervini denominam tal situação de encontro fortuito, defendendo que mesmo não havendo conexão entre os fatos, a prova encontrada pode ser utilizada como *notitia criminis* para o início de uma investigação autônoma²⁷.

Uma segunda questão de interessante perplexidade seria a transposição ou utilização da prova obtida mediante interceptação regular ou lícita, autorizada por juiz de determinado processo criminal, para outro processo. Nenhum problema encontrará se o acusado for o mesmo nos dois processos, tendo sido a prova adquirida sob o crivo do contraditório. No caso do acusado for diferente do acusado do processo em que a prova foi produzida, entende a doutrina ser viável a sua utilização no processo. Conforme há de salientar,

(...) é fundamental destacar que o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de duas pessoas, com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. Descoberto um outro crime, ainda que não haja conexão entre este e a infração que se está investigan-

²⁷ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit.

do, é preciso apurá-lo, mormente se de ação penal pública incondicionada²⁸.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça entende:

É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptações de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação (STJ – HC 33.553-CE, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, 17.03.2005, v.u., DJ 11.04.2005, p.338).

Prosseguindo no raciocínio, outra questão de difícil consenso na doutrina seria o caso da interpretação autorizada e realizada *contra legem*. Esta interceptação poderá ser ilícita ou ilegítima. No primeiro caso, quando a prova viola preceitos de ordem material, a prova será inadmissível no processo (art. 5, inciso LVI da CF). No caso da ilegitimidade, assevera a autora Ada Pelligrini Grinoever que “(...) a consequência será sua irregularidade ou nulidade, absoluta ou relativa, com a aplicação dos princípios retores dos vícios dos atos processuais”.²⁹

Por fim, nos casos de interceptação ilegal, esta não será conhecida pelo juiz, tendo em vista a sua irregularidade perante o ordenamento jurídico. A Lei nº. 9.296/96 prevê conseqüências penais para a realização das interceptações sem a autorização judicial, mais precisamente em seu artigo 10:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2007, p. 658.

²⁹ GRINOVER, Ada Pelligrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 1996, p. 196.

Ponto diametralmente oposto à interceptação telefônica é a gravação clandestina, consistente no registro de conversação própria por um de seus interlocutores, feita através de aparelho telefônico ou no ambiente de conversação.

A gravação clandestina não encontra previsão legal, sendo inicialmente aceita pela jurisprudência.

Prova – Escuta telefônica – Violação a garantia constitucional do sigilo- Inocorrência – Inteligência do artigo 5, XII da Constituição da Republica – A garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito a interceptação,mas não a escuta,que com aquela não pode ser confundida,podendo ser admitida como prova em processo judicial” (TASP, RJTA-Crim,Vol. 22, abril/junho/94,p.178,Relator Jose Santana).

Assim, por um entendimento inicial haveria a possibilidade da utilização da gravação clandestina ou ambiental no processo, tendo em vista que estas espécies de provas não são vedadas. Segundo a autora Ada Pellegrini Grinover, “a gravação em si,quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência”³⁰.

Prossegue a autora Ada Pelligrini Grinover no sentido de que a gravação telefônica pode ser considerada no processo desde não fira o direito a intimidade, mais precisamente se não ocorre uma violação de segredo. Neste caso, a divulgação da conversa confidencial será ilícita, desde que não esteja fundamentado em uma justa causa, definido quando a prova é utilizada para proteção de direitos violados ou ameaçados.

Destarte,

(...) haverá sempre justa causa quando o interlocutor estiver sendo acusado da pratica de algum delito, ocasião em que a prova poderá ser produzi-

³⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 196.

da tanto para condená-lo quanto para absolvê-lo, não se tipificando assim, o crime previsto no artigo 153, do CP (divulgação de segredo). Damásio cita vários casos em que há justa causa para a divulgação de segredo, destacando-se a comunicação ao judiciário de crime de ação pública, comprovação de crime ou sua autoria, testemunho judicial etc...³¹

A posição doutrinária acima citada não é pacífica, havendo quem defenda posição colidente com a aceitabilidade da gravação telefônica.

Segundo o posicionamento colidente, defendida pelo autor Luiz Flavio Gomes,

a Constituição não apenas veda a interferência de um terceiro nas comunicações, senão que protege de modo inequívoco o direito a intimidade. O que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela ³².

Nesta ótica também é o posicionamento do autor Jose Laurindo de Souza Netto, que defende a inadmissibilidade da utilização de laudos de gravação e conversa telefônica por ter sido produzido em afronta ao principio do contraditório e com violação da privacidade alheia. Conforme referido pelo autor,

Manoel da Costa Andrade ensina que o direito sobre a palavra visa 'em primeira linha, garantir a plena disponibilidade da pessoa humana sobre a palavra falada, como expressão direta da sua personalidade e da sua dignidade'. No dizer do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, seu reconhecimento e tutela visam a garantir 'a todo o homem – e só a ele – a decisão sobre quem pode gravar a sua voz bem como, e uma vez registrada num gravador, se e perante quem a voz pode ser de novo ouvida. ³³

Prossegue o autor citando um julgamento do Tribunal Constitucional Germânico, que pondera:

³¹ MARIANO DA SILVA, César Dario. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do Direito Processual Penal**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999, p.43.

³² GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.1996**. São Paulo: RT,1997,p.107.

³³ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 75

(...) a inocência e a autenticidade da comunicação humana seriam drasticamente perturbadas se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras - por vezes uma expressão não refletida nem contida, uma tomada de posição meramente incidental no decurso de uma conversa ou uma formulação apenas compreensível no contexto de uma situação especial – nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutra contexto, pudessem vir a serem valorados com o seu conteúdo, conotação e intensidade como depoimentos contra nos próprios³⁴ .

Assim, conclui o autor referido que a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores fere frontalmente o direito de personalidade do interlocutor e o seu próprio direito à palavra falada.

³⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 76.

5. TENDÊNCIAS E PROPOSTAS LEGISLATIVAS.

Atualmente, o tema referente a escuta telefônica está em destaque na mídia e nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Para algumas autoridades e juristas, há grampos telefônicos em excesso no Brasil. Conforme matéria publicada no sítio www.amb.com.br³⁵, as investigações criminais iniciadas no Brasil, baseiam-se na maior parte das vezes em grampos telefônicos. O que funcionaria excepcionalmente torna-se hoje em dia a regra.

Conforme a matéria acima citada, a maioria das operações policiais entabuladas pela Polícia Federal, que foram destaques na mídia, fundamentaram-se quase que exclusivamente pelas escutas telefônicas realizadas. O advogado criminalista Luis Guilherme Vieira, citado na matéria, salienta que investigações são iniciadas apenas com indícios levantados pelas gravações telefônicas, sem ao menos ter iniciado o inquérito policial.

Ainda conforme as autoridades e juristas, o alarde não deve residir apenas nas funções policiais estatais, tendo em vista que quem autoriza as gravações é a Justiça, como previsto legalmente. Este fato demonstra que a Justiça brasileira não é tão criteriosa no momento em que analisa os pedidos de gravação de conversas de terceiros.

Assim, para esta corrente, o uso banal das interceptações telefônicas, erigidas à mídia pelas operações policiais nacionais, fere frontalmente o estabelecido na Lei nº. 9.296/96.

³⁵ FENAPEF (Federação Nacional dos Policiais Federais). **Estado Policial – Operações mostram que a lei das escutas foi esquecida**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=8779>. Acesso em: 23 out. 2008.

A lei a que se refere o delegado também determina que as gravações durem, no máximo, o período de 15 dias, “renovável por igual tempo uma vez comprovada à sua redução a termo”. No dia a dia, não é isso o que acontece. O monitoramento dura longos meses, até anos. São tantas horas de gravação que outro dispositivo da lei acaba tendo de ser mitigado. É aquele que diz que as gravações têm de ser transcritas e anexadas ao processo. Em 2004, o Supremo Tribunal Federal considerou que a lei não exige a transcrição integral das interceptações telefônicas³⁶.

A matéria citada traz a baila o recente problema enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Através da impetração de um *habeas corpus*, o Desembargador Carreira Alvim, investigado pela suposta venda de sentenças, solicitou o trancamento da ação penal sob o argumento de que a denúncia não trazia a transcrição das gravações realizadas, apenas trechos selecionados pelo Ministério Público.

A questão polarizou o tribunal federal, sendo resolvido pelo voto da então Presidente Ministra Ellen Gracie. O voto do relator Ministro Marco Aurélio deixou claro neste caso o que já era previsto na Lei nº. 9.296/96: deverá sempre haver a transcrição de toda a gravação, para se ter uma visão geral da prova produzida; o prazo para a escuta é de 15 dias prorrogáveis por mais 15 e nada mais. Com efeito, as horas extensas de gravação, caso não haja o controle rígido do prazo, tornam a transcrição inviável (mais notadamente nas interceptações que duram meses).

Portanto, para estes juristas, o que mais chama a atenção nesta utilização desmedida deste meio probatório, é que na maioria das vezes os abusos são sustentados por decisões judiciais, ou seja, a Justiça brasileira autoriza a violação do regramento legal.

Este ponto, que no meu entender é mais sensível, está impiedosamente sendo criticado por diversos juristas. Segundo Mozart Valadares Pires (presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros), há a necessidade de o juiz basear sua decisão de interceptação em critérios mais rigorosos, além de acompanharem o traba-

³⁶ FENAPEF (Federação Nacional dos Policiais Federais). Ob.cit.

lho de monitoramento feito pela polícia durante o período de escutas telefônicas³⁷. Além disto, atualmente apurou-se que nem o Poder Judiciário tem a noção exata de quantas interceptações esta autorizou, fazendo que o Conselho Nacional de Justiça se mobilizasse para o levantamento desta estatística (Instrução Normativa nº 1 de 09 de setembro de 2008).

O tema ficou ainda mais delicado quando recentemente houve a notícia da existência de grampos telefônicos no Supremo Tribunal Federal. Foram divulgadas na mídia conversas privadas entre o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, e o Senador da República Demóstenes Torres, resultantes de interceptações telefônicas ilegais, haja vista que nenhum magistrado autorizou a escuta (nem teria a possibilidade, diante da hierarquia estabelecida na Constituição). Especulou-se que as escutas telefônicas teriam sido obras da Agência Nacional de Inteligência, fato este que está sendo devidamente apurado pela Comissão Parlamentar de Inquérito instaurado no Congresso Nacional.

Como reflexo direto deste acontecimento, iniciou-se no Brasil uma lenta desmoralização deste meio de prova tão importante para a investigação criminal.

Em matéria publicada no sítio www.oglobo.com³⁸, deputados confidentes do Presidente do Supremo Tribunal Federal, disseram que este manifestou certo descontentamento com relação a certos agentes públicos. Conforme os autores da matéria,

³⁷ ARRAIS, Antônio. **Juristas criticam banalização e vazamento de escutas telefônicas**. Matéria publicada no site Agência Brasil. Disponível em: < <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/05/materia.2008-03-05.4764228182/view>>. Acesso em: 23 out. 2008.

³⁸ BRAGA, Isabel; JUNGBLUT, Cristiane; CAMAROTTI, Gerson; BRIGÍDO, Carolina e FRANCO, Bernardo Mello. **Gilmar Mendes: agentes públicos agem como 'milícia' para distorcer legislação**. Matéria publicada no site O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/09/04/gilmar_mendes_agentes_publicos_agem_como_milicias_para_distorcer_legislacao-548094873.asp>. Acesso em: 23 out. 2008.

(...) o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, criticou nesta quinta-feira a existência de grupos de juízes, procuradores e policiais federais que atuam, segundo o ministro, como uma espécie de 'milícia', distorcendo o correto processo investigativo e legal no país. Gilmar se referiu especificamente às Varas Judiciais que tratam de crimes de lavagem de dinheiro, onde a proximidade entre esses profissionais atrapalha o processo.

Tendo em vista este sentido que se pretende dar ao recurso de interceptações telefônicas, é de se presumir que muitos grupos alinhados possuem o desejo de abolir tal meio investigatório,

(...) um poderoso instrumento de combate ao contínuo e impune saque do dinheiro público, crime organizado e tráfico de influência. O crime organizado — seja ele capitaneado por traficantes de drogas ou por financistas engravatados — vê como uma 'pedra no sapato' essa 'história' de juiz autorizar o 'grampo' nas suas conversas lucrativas e tenebrosas. Seria bem melhor para eles se pudessem conversar livremente. No mundo do crime ninguém passa recibo, os 'laranjais' de duas pernas estão disponíveis, contentes com as migalhas, e eventuais testemunhas não se atrevem — por medo —, a contar o que viram e ouviram. Daí o recurso do Estado ao uso das escutas telefônicas. À míngua de provas 'normais', usaram a tecnologia, que é eficaz mas comporta risco de abuso.³⁹

Em 12 de setembro de 2008, o Conselho Nacional de Justiça disciplinou o uso e o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, pela resolução nº 59 de 9 de setembro de 2008. Tal iniciativa proposta pelo Conselho Nacional de Justiça tem como escopo frear a banalização já citada das escutas telefônicas.

Em caso recente, o Superior Tribunal de Justiça julgou de maneira contrária as suas antigas decisões, no sentido de regular o prazo da escuta telefônica. O caso em questão foi a interceptação, que durou aproximadamente 2 anos, das ligações dos diretores da empresa paranaense Sundown.

³⁹ RODRIGUES, Rodrigo Cesar Pinheiro. **Escutas ilegais no STF**. Matéria publicada no site da Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: < http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1062#>. Acesso em: 23 out. 2008.

Em entendimentos anteriores, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido sobre a possibilidade de diversas prorrogações no prazo da interceptação, conquanto a decisão fosse fundamentada:

As interceptações e gravações telefônicas ocorreram por determinação judicial e perduraram pelo tempo necessário para a elucidação dos fatos delituosos, revestidos de complexidade e envolvendo organização criminosa, com o que não se violou a Lei nº. 9.2.96/96 (STJ, HC 37.590-SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 19.10.2004, v.u., DJ 22.11.2004, p 370). Idem: RHC 13.274-RS, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 19.08.2003, v.u., DJ 29.09.2003, p. 276 e RHC 15.121-GO, 6ª T., rel. Paulo Medina, 19.10.2004, v.u., DJ 17.12.2004, p.595).

A questão discutida no caso prático é que o crime encontrado não pode retroagir para validar a decisão que autorizou a escuta, esta não motivada, portanto, o tribunal reconheceu a ilegalidade da interceptação telefônica realizada (*Habeas Corpus* nº. 76.686 – PR).

Assim, aquele entendimento inicial com relação à prorrogação dos prazos da escuta telefônica foi superado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O próximo passo envolvendo a matéria será a provável aprovação pelo Congresso Nacional da lei contra os grampos ilegais, anteprojeto este capitaneado pelo atual Ministro da Justiça Tarso Genro. O projeto de Lei nº. 4.036/08 prevê punições para quem utiliza de expedientes ilegais visando a interceptação telefônica. O projeto de lei é mais incisivo no tocante aos agentes públicos que se utilizam os grampos ilegais para colheita de informações. A seguir, exponho os tipos penais presentes no anteprojeto:

Art. 151-A. Realizar, diretamente ou por meio de terceiros, ou permitir que se realize, interceptação de comunicação de qualquer natureza, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:
Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - violar o sigilo ou o segredo de justiça das informações obtidas por meio de interceptação de comunicação de qualquer natureza; ou
 II - utilizar o resultado de interceptação de comunicação telefônica ou telemática para fins diversos dos previstos em lei.

§ 2º A pena é aumentada de um terço até metade se o crime previsto no caput ou no § 1º é praticado por funcionário público no exercício de suas funções.”

Art. 151-B. Produzir, fabricar, importar, comercializar, oferecer, emprestar, adquirir, possuir, manter sob sua guarda ou ter em depósito, sem autorização, quando exigida, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, equipamentos destinados especificamente à interceptação, escuta, gravação e decodificação das comunicações telefônicas, incluindo programas de informática e aparelhos de varredura:
 Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

O que se verifica nesta abordagem geral, é o grande medo instaurado pelos grampos ilegais que vem gerando reflexos no campo legislativo.

A principal crítica contra esta movimentação legislativa é a de que tudo não passa de uma reação das classes mais abastadas da sociedade, tendo em vista que os crimes do colarinho branco ficavam fora da mídia por falta de instrumentos de investigação.

Segundo quem advoga contra a central de escutas, o juiz é independente para autorizar a escuta, sendo a central uma forma de intimidação do Conselho Nacional de Justiça.

Inclusive já há a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade contra a resolução do Conselho Nacional de Justiça. Segundo o procurador da república Antônio Fernando de Souza,

(...) ao criar requisitos formais para as decisões judiciais referentes à quebra de sigilo telefônico, o CNJ estaria violando a Constituição, interferindo na atividade dos juízes e oferecendo risco aos processos em andamento. Se, porventura, o ato jurisdicional não respeitar o que prescreve a resolução, todo o processo poderá ser anulado por violação ao devido processo legal. Ora, percebe-se que o CNJ está estabelecendo conteúdo mínimo do ato jurisdicional, não de ato administrativo ⁴⁰.

⁴⁰ SOUZA, Antônio Fernado apud D´ELIA, Mirella. **Decisão do Conselho Nacional de Justiça para monitorar interceptações telefônicas autorizadas pela Justiça é inconstitucional, segundo An-**

Criticas não faltam também a iniciativa do Ministro da Justiça Tarso Genro, quanto ao anteprojeto de Lei nº. 4.036/08. Partindo-se do pressuposto de que, hoje em dia, as escutas telefônicas são o instrumento mais temido por lobistas, empresários e servidores públicos corruptos, é de se entranhar a reação do Ministro. Tendo em vista que a maioria dos problemas relacionadas as escutas telefônicas têm por base o vazamento das informações, que já é considerado crime, a solução para este tipo de problemas passaria apenas pela necessidade de investigações mais rigorosas sobre tais vazamentos.

O que se verifica após a exposição realizada acima, é que existe um movimento por parte de criminosos de elite para limitar os instrumentos investigatórios da Polícia Federal, Ministério Público e Poder Judiciário, aproveitando-se da histeria gerada pelo sensacionalismo da notícia de grampos ilegais no Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÃO.

Após toda análise realizada por este trabalho, o que podemos concluir primeiramente é a grande vantagem, como meio de prova, da escuta telefônica.

Durante o transcorrer do trabalho, foi possível concluir que a proibição da prova obtida por meio ilícito é um direito fundamental. O que se tentou demonstrar no trabalho é que nenhum direito previsto na Constituição pode ter um caráter absoluto, havendo casos em que direitos fundamentais acabam por colidir contra outros direitos fundamentais.

É certo que por muitas vezes há direitos que são violados pela aplicação do direito à inadmissibilidade da prova ilícita. Sabe-se que cada direito possui um conteúdo valorativo, mais adaptado ao fato concreto de onde busca fundamento. Assim, os direitos colidentes possuem uma carga axiológica diferenciada, sendo que uns devem prevalecer sobre os outros no caso concreto. É justamente esta carga valorativa que se analisará para se aceitar ou não a prova ilícita.

Como em certos casos vários direitos aplicam-se ao fato concreto, é necessário utilizá-los de forma proporcional. Neste ponto, mostra-se de grande valia a construção doutrinária do princípio da proporcionalidade, princípio este que fundamenta a exarcebação de um direito frente à outro no caso concreto.

Neste sentido, há de se concluir que a proibição no processo de provas obtidas por meios ilícitos não deve prevalecer de modo absoluto nos casos em que haja a violação de direitos fundamentais. Assim, a prova ilícita deve ser considerada toda vez em que seja hábil a proteger um direito fundamental, aplicando-se de forma coerente com o princípio da proporcionalidade.

Esta situação acima narrada é exatamente aplicável no caso das interceptações telefônicas ilegítimas ou ilegais. O que se percebe nas novas tendências já citadas é o apego ao formalismo, sem a devida interpretação sistemática e ainda desprezando outros direitos fundamentais, mais notadamente os inerentes à sociedade.

É lógico que se deve reprimir as escutas telefônicas realizadas como meio para chantagens e outros fins escusos. É o que já prevê a lei. Na atualidade, o que se quer é o oposto: reprimir de modo absoluto a escuta ilegal, mesmo que seja o único meio possível para se defender um bem jurídico fundamental.

Por fim, mostra-se que a interceptação telefônica é um meio sofisticado para a busca de informações e para as investigações policiais. Deve-se utilizá-la, calcando-se, sempre, pela legalidade. Caso não haja o devido lastreamento legal, devem-se investigar os motivos e os direitos em questão, para não acarretar uma atuação desproporcional da Justiça.

REFERÊNCIAS.

ARRAIS, Antônio. **Juristas criticam banalização e vazamento de escutas telefônicas**. Matéria publicada no site Agência Brasil. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/05/materia.2008-03-05.4764228182/view>>. Acesso em: 23 out. 2008.

BRAGA, Isabel; JUNGBLUT, Cristiane; CAMAROTTI, Gerson; BRIGÍDO, Carolina e FRANCO, Bernardo Mello. **Gilmar Mendes: agentes públicos agem como 'milícia' para distorcer legislação**. Matéria publicada no site O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/09/04/gilmar_mendes_agentes_publicos_agem_como_milicias_para_distorcer_legislacao-548094873.asp>. Acesso em: 23 out. 2008.

FENAPEF (Federação Nacional dos Policiais Federais). **Estado Policial – Operações mostram que a lei das escutas foi esquecida**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=8779>. Acesso em: 23 out. 2008.

GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.1996**. São Paulo: RT, 1997

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997

GRINOVER, Ada Pelligrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 1996

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº. 06, FEV-MAR/2001

LIMA, Marcellus Polastri. **Provas lícitas ou ilícitas: considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº. 24, FEV-MAR/2004.

MARIANO DA SILVA, César Dario. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do Direito Processual Penal**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2007

RODRIGUES, Rodrigo Cesar Pinheiro. **Escutas ilegais no STF**. Matéria publicada no site da Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: < http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1062#>. Acesso em: 23 out. 2008.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 20 out. 2008.

SOUZA, Antônio Fernando apud D'ELIA, Mirella. **Decisão do Conselho Nacional de Justiça para monitorar interceptações telefônicas autorizadas pela Justiça é inconstitucional, segundo Antonio Fernando de Souza. Supremo decidirá sobre o caso**. Matéria publicada no site da Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: < http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=15748>. Acesso em: 23 out. 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal – Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2008

VASCONCELOS, Roberto Prado de. **Provas Ilícitas (Enfoque Constitucional)**. Revista dos Tribunais, nº. 791, SET/2001