

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

VITÓRIA FONSECA FIGARI

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O DIREITO À INTIMIDADE

CURITIBA

2016

VITÓRIA FONSECA FIGARI

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O DIREITO À INTIMIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Daniel Tempski Ferreira da Costa

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

VITÓRIA FONSECA FIGARI

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O DIREITO À INTIMIDADE

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: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PROVA	11
2.1	MEIOS DE PROVA	11
2.2	PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	14
3	PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS	18
3.1	PROVAS ILÍCITAS	20
3.2	PROVAS ILEGÍTIMA	21
3.3	(IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS	21
3.3.1	Posição Brasileira	24
3.4	PROVA EMPRESTADA	27
3.5	TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	28
4	A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	32
4.1	A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À INTIMIDADE	34
4.2	CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	38
4.3	O REGIME LEGAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	39
4.3.1	Abrangência da Lei	40
4.3.2	Parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96	41
4.3.3	Natureza jurídica e competência para apreciação do pedido	43
4.3.4	Requisitos para a quebra do sigilo	45
4.4	A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA	46
4.5	ACESSO A TODO CONTEÚDO DA INTERCEPTAÇÃO	47
4.6	PRAZO	48
4.7	DESCOBERTA FORTUITA DE PROVAS.....	49
5	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS	55

RESUMO

A interceptação telefônica se trata de um meio eletrônico de captação de prova. Esta se realiza quando um terceiro intervém nas comunicações telefônicas alheias sem que seus interlocutores tenham conhecimento. Como toda a prova no processo penal, o que se pretende com o resultado desta medida é reconstruir os fatos e, assim, alcançar a verdade. Contudo, ainda que vigore o princípio da liberdade probatória, tal medida precisa ser limitada, uma vez que ela restringe o direito à intimidade. A própria Constituição Federal determina que a interceptação somente ocorrerá em casos excepcionais a fim de evitar violações àquele direito. Para tanto, é preciso estudar a Lei 9.296/96 que regulamenta as hipóteses de cabimento e o procedimento da medida em discussão.

Palavras chaves: Prova ilícita. Interceptação telefônica. Direito à intimidade. Limites.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo diz respeito à interceptação telefônica como um meio de prova frente ao direito à intimidade. A pesquisa envolve, basicamente, análise doutrinária e jurisprudencial, bem como o Projeto de Lei nº 156/2009 que versa sobre o novo Código de Processo Penal. No primeiro capítulo será examinada a prova no processo penal, no segundo será tratada a questão acerca da prova ilegal e suas consequências no processo e, por fim, no terceiro, se analisará a tutela do direito à intimidade, a interceptação telefônica propriamente dita, além das recentes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores a respeito do tema.

Inicialmente, é preciso analisar a finalidade da prova no processo penal. Sucintamente, pode-se dizer que seu objetivo é reconstruir os fatos a fim de formar a convicção do juiz. Em seguida, serão abordados os meios de prova previstos no Código de Processo Penal e, ainda, os meios de eletrônicos de captação de prova que serão aprofundados no terceiro capítulo.

Ainda neste capítulo, será apresentado o procedimento probatório do processo penal brasileiro que se resume a quatro fases. Primeiramente, tem-se a fase de proposição de provas, ocasião em que também será discutida a possibilidade de o juiz produzir provas. Em seguida, ocorre o juízo de admissibilidade dessas provas, tema este que será aprofundado no segundo capítulo. Será examinada, ainda, a fase de produção e de valoração das provas. Por fim, serão examinados os três sistemas de valoração das provas, dentre eles, o adotado pelo Brasil.

No segundo capítulo, a partir de um breve contexto histórico, serão estudadas as provas ilegais como um limite probatório previsto na Constituição Federal. Estas provas se dividem em ilícitas e ilegítimas e possuem efeitos distintos no processo, conforme será explicado. No decorrer deste capítulo será feita uma análise acerca das teorias da admissibilidade das provas ilegais a partir do direito comparado. Feita esta análise, observar-se-á a evolução dessas teorias no sistema brasileiro, entre elas a teoria da admissibilidade, da inadmissibilidade e a teoria da proporcionalidade, destacando-se os posicionamentos hoje predominantes.

Ainda no mesmo capítulo, será objeto de discussão a prova emprestada no que diz respeito aos seus requisitos, efeitos e, brevemente, acerca da possibilidade de transferência de uma interceptação telefônica para outro processo.

Além das provas ilícitas, serão analisadas as provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada. Serão discutidos os limites dessa teoria, sua repercussão no processo penal brasileiro, além das demais teorias existentes.

Por fim, no terceiro capítulo, será exposta a evolução do sigilo das comunicações telefônicas como uma garantia constitucional que se justifica pelo reconhecimento do direito à intimidade. Mas como nenhum direito é absoluto, a própria Constituição Federal estabeleceu uma exceção ao sigilo das comunicações telefônicas, relativizando o direito à intimidade em face da defesa da sociedade.

Dessa forma, considerando a interceptação telefônica uma exceção e tendo em vista que se encontra em jogo o direito à intimidade, impôs a Constituição a necessidade de editar uma lei que regulamentasse a matéria.

Após a discussão acerca do direito à intimidade e da inviolabilidade da comunicação telefônica, será analisada a interceptação telefônica em sentido estrito, diferenciando-a dos demais meios eletrônicos de captação de prova.

Em seguida será examinada a Lei 9.296/96 que regulamenta interceptação, bem como as disposições do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal que versam sobre o tema. No decorrer do capítulo serão analisados alguns dos aspectos da lei, como os requisitos exigidos para concessão da medida, hipóteses de cabimento, a competência para requerê-la, a descoberta fortuita de provas ao longo de uma interceptação.

Além disso, tratando-se de uma medida restritiva de um direito fundamental, há que se examinar o sigilo do material colhido e o limite de duração da medida.

2 PROVA

A palavra prova se traduz no latim em *probatio*, a qual deriva de *probare* que significa provar, verificar, examinar¹. A doutrina define prova como todo e qualquer elemento capaz de levar o conhecimento de um fato a alguém².

Seu objetivo é descobrir a verdade sobre um fato investigado no processo. A prova judiciária visa reconstruir a verdade, tarefa esta difícil. A questão é saber qual a verdade buscada no processo penal, se a real ou a formal. Grande parte da doutrina ainda sustenta a ideia da busca pela verdade real, que diz respeito a uma busca sem limites, por meio das mais variadas formas.³ Contudo, há entendimento no sentido de que só se legitima no processo penal a verdade formal, na qual os meios de prova estão limitados aos procedimentos e garantias de defesa.⁴

A grande diferença é, então, que para se alcançar a verdade real são disponibilizados mais instrumentos, o que não significa que esta seja melhor do que a verdade formal.⁵

Em que pese tal divergência, pode-se dizer que a real finalidade da prova é chegar o mais próximo possível da realidade histórica que corresponde à verdade dos fatos, motivo pelo qual no processo penal são admitidos diversos métodos de produção de provas. E considerando que as provas são destinadas ao juiz, conclui-se que o principal objetivo é formar sua convicção em relação aos fatos.⁶

2.1 MEIOS DE PROVA

Meios de prova são instrumentos que levam o fato ao conhecimento do juiz. São os meios utilizados para se alcançar a verdade.⁷

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 375

² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 196.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P. 325-331.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. P. 567.

⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. n. 1. Brasília : CEJ, 1997. p. 94

⁶ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 04.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 364-365.

O Código de Processo Penal estabelece entre os artigos 158 e 250 os meios de provas que podem ser utilizados ao longo do processo. Mas também são admitidos outros meios de prova que não aqueles estabelecidos no diploma processual, como por exemplo, a prova emprestada.

Assim, no tocante às principais provas, a doutrina, de modo geral, destaca as provas periciais, o interrogatório, a confissão e a prova testemunhal.

O primeiro meio de prova previsto pelo Código são as provas periciais. Estas são provas técnicas, na medida em que exigem um conhecimento técnico para análise do objeto.⁸ Logo, somente podem ser realizadas por pessoas tecnicamente habilitadas.

O exame de corpo de delito é considerado a principal prova pericial e, por ser indispensável à comprovação da materialidade do crime, deve ser realizado sempre que a infração deixar vestígios. Quando esta não deixar vestígios, tornando impossível a realização do exame direto, poderá ser realizado o exame de corpo de delito indireto.⁹ Importante destacar que o Projeto de Lei nº 156/2009, que versa sobre o Novo Código de Processo Penal, mantém a ideia atual acerca do exame de corpo delito indireto, passando a esclarecer expressamente em que se trata essa prova, que por vezes é interpretada de forma equivocada.¹⁰

Quanto ao interrogatório, trata-se da oportunidade do acusado de se defender, contando a sua versão sobre os fatos, embora possa se manter em silêncio, conforme disciplina a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXIII, e artigo 186 do Código de Processo Penal.¹¹ Há quem diga que o interrogatório é considerado um meio de defesa, e não mais um meio de prova, ainda que possa servir como prova.¹²

A confissão, por sua vez, também é considerada um meio de prova. Trata-se da própria prova. Ela é considerada retratável, já que o acusado pode retirar a

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. P. 613.

⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo, v. 4, Saraiva, 1978. p. 169-179.

¹⁰ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 406-407.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 379.

confissão anteriormente feita, divisível, podendo ser considerada parcialmente pelo juiz e, por fim, relativa, visto que seu valor não é absoluto, devendo estar corroborada por outras provas.¹³

Já a prova testemunhal diz respeito ao principal meio prova, em virtude de ser o mais utilizado no processo. Trata-se da oitiva daqueles que podem prestar esclarecimentos acerca de fatos pertinentes ao processo.¹⁴

Além dos meios de provas acima apresentados, o Código de Processo Penal ainda trata de outros, como o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos e a busca e apreensão.

Embora a expressão “indícios” esteja prevista no capítulo referente às provas, não podem se confundir. O indício decorre de um elemento provado, mas não deve ser considerado um meio de prova¹⁵.

Por fim, além dos meios de prova especificados no Diploma Legal, existem os meios eletrônicos de captação de prova, quais sejam, interceptação telefônica, escuta telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravações clandestinas.¹⁶

As interceptações telefônicas em *strictu sensu*, que serão objeto do presente estudo, são regulamentadas pela Lei nº 9.296, de 1996. Embora não tenha previsão legal no atual Código de Processo Penal, o Projeto de Lei nº 156/2009 separou uma seção para tratar de interceptação telefônica.

Sucintamente, diz respeito a um meio de prova realizada por um terceiro que capta uma conversa telefônica sem que seus interlocutores tenham conhecimento.¹⁷ Seu principal objetivo é obter uma prova, que se materializará em um documento ou em um depoimento¹⁸.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 229-230.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 656.

¹⁵ LOPES JR., Op. cit. p. 707.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 176

¹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:Interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 99-108.

¹⁸ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 116.

Observa-se, então, que o processo penal é regido pelo princípio da liberdade probatória¹⁹, motivo pelo qual os meios de prova são bem mais amplos do que nas outras esferas do direito. Portanto, o rol estabelecido pelo Código não é taxativo, sendo admitidos outros meios, desde que não atentem contra a moralidade e a dignidade da pessoa humana.²⁰

2.2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

É através do procedimento probatório que os fatos são levados ao juiz para serem submetidos à valoração²¹. Tal procedimento se divide em quatro fases que versam sobre a proposição, admissão, produção e valoração das provas, conforme será demonstrado.

Compete à acusação provar a materialidade do fato, bem como sua autoria. Mas, assim como o órgão da acusação, o réu também tem direito à prova.²²

Logo, cabe às partes indicar as provas que pretendam produzir. A acusação, no momento do oferecimento da denúncia ou da queixa, e a defesa, quando da apresentação da defesa preliminar, deverão arrolar as testemunhas que desejem ouvir em juízo, requerer as diligências que entenderem necessárias, e juntar documentos pertinentes ao fato.²³

É preciso destacar que, embora incumba a quem fizer a alegação prová-la, o diploma processual reconhece a possibilidade de o juiz, de ofício, produzir provas tanto durante a instrução como também no inquérito policial, e até mesmo para esclarecer alguma dúvida, conforme disposto no artigo 156. Nesse sentido, nota-se

¹⁹ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 624.

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. Volume 1. 10. Ed. Ver. E atual. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 474.

²¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. v. II. Campinas Millennium, 2000. p. 337.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 334 -342.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 451.

também o artigo 209 que faculta ao juiz inquirir as testemunhas que não forem arroladas pelas partes.²⁴

Alguns doutrinadores entendem inconstitucional esse poder instrutório conferido ao juiz, pois funda um sistema inquisitório que ignora a igualdade, o contraditório e compromete a imparcialidade do julgador. Sustentam que o juiz irá produzir provas aptas a justificar a decisão que já foi tomada. Portanto, o papel do magistrado nessa fase seria a de controlar a legalidade e garantir o respeito aos direitos fundamentais, e não de investigar²⁵.

Em seguida, é realizada a admissão ou não da produção de determinada prova. O Código de Processo Penal traz alguns limites como, por exemplo, a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista no artigo 157, que serão tratadas no próximo capítulo.

Em que pese a ausência de um dispositivo específico que regule a admissibilidade de provas, entende-se que o juiz deve aceitar as provas que não contrariem a moral, os costumes, os preceitos éticos,²⁶ devendo o mesmo se manifestar sobre determinada prova sempre que for provocado²⁷.

No processo penal, desde que admitidas, as provas podem ser produzidas a qualquer momento, respeitando sempre ao contraditório²⁸.

Por fim, a prova será valorada. Essa fase evidencia a relação existente entre o julgamento feito pelo juiz e as provas produzidas²⁹. Isso porque, compete ao julgador avaliar as provas e atribuir-lhes o valor que entender adequado para aplicação do direito³⁰.

Nem sempre a valoração das provas foi dessa forma. A doutrina destaca três sistemas de valoração da prova.

O primeiro, conhecido por sistema da íntima convicção, trata do sistema movido pelo princípio da certeza moral do juiz³¹, no qual o julgador podia valorar a

²⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro**. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000. v. II. p. 493 e 509.

²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 124-129.

²⁶ TORNAGHI, op. cit. p. 463.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 451.

²⁸ OLIVEIRA, Op. cit. p. 342.

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. v. II. p. 862.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 214-215.

³¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 77.

prova de forma absolutamente livre, a partir de critérios de sua convicção.³² Era permitido julgar o caso sem levar em consideração as provas existentes nos autos, e até mesmo julgar contra elas, não precisando sequer fundamentar sua decisão.³³

Considerando que este sistema fomentou a arbitrariedade, foi substituído pelo sistema das provas legais. Neste sistema a valoração da prova era realizada pelo legislador, eis que o valor de cada prova, bem como o meio de prova a ser utilizado para cada delito, já eram previamente definidos em lei.³⁴ Foi desse sistema que surgiu a expressão da confissão como “rainha das provas”, a qual tinha valor absoluto.³⁵

Trata-se do sistema da prova tarifada, no qual o juiz estava totalmente vinculado ao valor estabelecido em lei, não podendo apreciar as provas de forma diversa.³⁶ Observa-se, então, que o principal objetivo era limitar a arbitrariedade dos juízes.³⁷

Entretanto, este sistema também se mostrou insuficiente, visto que por vezes era preciso julgar contra aquilo que sabia se tratar da verdade. Então, pode-se dizer que o sistema do livre convencimento motivado surgiu como uma alternativa aos inconvenientes dos outros dois sistemas.³⁸

O sistema do livre convencimento motivado é o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Ou seja, o juiz é livre para valorar as provas existentes nos autos (artigo 155 do Código de Processo Penal), devendo sempre motivar sua decisão, sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX, Constituição Federal). Porém, tal liberdade não desvincula o juiz das regras do Direito Processual.³⁹

³² GRECO FILHO, op. cit. p. 214.

³³ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 628-629.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 338.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. v. II. p. 863.

³⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 75-76

³⁷ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal II**. 2. ed. rev. e atual. Editorial Verbo, 1999. p. 115.

³⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo, v. 3, Saraiva, 1978. p. 428.

³⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. v. II. Campinas Millennium, 2000. p. 358.

Fala-se em liberdade no sentido de que não há um valor legal predeterminado para cada prova, cabendo ao juiz estabelecê-lo.⁴⁰ Isso significa dizer que nenhuma prova tem valor absoluto, nem mesmo a confissão. Portanto, todas as provas são relativas e não há qualquer hierarquia entre elas.⁴¹

Importante lembrar que ainda há resquícios dos outros sistemas em nosso ordenamento, como é o caso do Tribunal do Júri, em que os jurados julgam de acordo com sua consciência, bastando um simples sim ou não para decidir, sendo dispensável a fundamentação do voto.⁴²

Da mesma forma, a exigência de realização de determinadas provas para comprovação de certos fatos, como, por exemplo, o artigo 62 do Código de Processo Penal, que exige a juntada da certidão de óbito para extinção da punibilidade do acusado.⁴³

A fundamentação, além de demonstrar que não houve arbitrariedade por parte do juiz⁴⁴ e assegurar que o mesmo decidiu com base nas provas constantes dos autos, possibilita que as partes tenham conhecimento das razões em que se fundou a decisão, permitindo sua revisão em segundo grau.⁴⁵

Ainda, de acordo com o artigo 155, o juiz não poderá fundamentar sua decisão apenas nas provas produzidas durante o inquérito policial, com exceção das provas antecipadas e não repetíveis. A redação do artigo leva ao entendimento de que tais provas podem ser utilizadas para a condenação, desde que corroboradas por outras provas.⁴⁶

Conclui-se, então, que a partir do sistema do livre convencimento motivado pode o juiz decidir livremente, devendo formar sua convicção com base nas provas que constam dos autos e sempre de forma fundamentada.

⁴⁰ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p.629.

⁴¹ LIMA, op. cit. p. 866.

⁴² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 561-562.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. v. II. p. 864.

⁴⁴ VILAS BOAS, Marco Antonio. **Processo penal completo: doutrina, formulários, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 380.

⁴⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 459.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 339.

3 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Conforme já analisado, ainda que no direito processual penal prevaleça o princípio da liberdade probatória, é preciso considerar os limites do direito à prova. A própria Constituição e o Código de Processo Penal impõem algumas restrições que, basicamente, envolvem o respeito aos direitos e garantias constitucionais.⁴⁷

A principal limitação ao direito de prova está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, que estabelece a vedação às provas ilícitas. Tal decorre do princípio do devido processo legal,⁴⁸ que objetiva garantir os direitos e garantias constitucionais⁴⁹ e, conseqüentemente, evitar que o acusado seja denunciado, julgado ou condenado com base em elementos obtidos em contrariedade ao ordenamento jurídico.⁵⁰

É preciso destacar que antes de conquistar tal garantia, vigia o sistema inquisitório, no qual o juiz tinha a gestão da prova e devia alcançar a verdade de qualquer modo. Por esta razão passaram a se utilizar de meios como a tortura, por exemplo, para se obter uma confissão e alcançar a almejada verdade.⁵¹

Assim, a busca pela verdade real e o livre convencimento conferiu ao juiz um poder ilimitado no que diz respeito aos meios de prova.⁵² E nesse contexto, a verdade passou a ter maior importância do que o direito à liberdade individual.⁵³

Como se sabe, nesse sistema cabia ao juiz investigar, acusar, produzir provas e julgar.⁵⁴ Em razão disso, pode-se dizer que a tripartição de poderes teve

⁴⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 10-11.

⁴⁸ RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 4.ed. Rev. e amp. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 31.

⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010. p. 399.

⁵⁰ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-26.

⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 35.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 132.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 112.

fundamental importância na questão da inadmissibilidade das provas ilícitas, na medida que tal separação impôs limites às ações estatais.⁵⁵

Embora as constituições anteriores já estabelecessem algumas garantias, foi apenas na Constituição Federal de 1988 que o legislador estabeleceu inúmeros direitos, entre os quais há que se destacar que *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*, nos termos do artigo 5º, inciso III, do referido diploma.⁵⁶ Assim, se viu necessária a imposição de algumas garantias como meio de assegurar tais direitos, sendo a vedação das provas ilícitas o principal exemplo.⁵⁷

Isso porque, valer-se de um meio ilícito para obtenção de uma prova é inconciliável com o objetivo do processo penal,⁵⁸ visto que não há como combater o crime aceitando a prática de outros.⁵⁹ Em razão disso, é que começaram a excluir provas que atentassem contra a integridade física, a privacidade, a liberdade, etc.⁶⁰

Antes de analisar a mencionada vedação constitucional, é preciso esclarecer no que consistem as provas proibidas. Estas se encontram justamente entre a busca pela verdade real e o respeito aos direitos constitucionais.⁶¹ E por prova proibida entende-se aquela que viola norma legal, constitucional ou até mesmo princípios morais, tanto de natureza material como processual. A doutrina as divide em provas ilícitas e ilegítimas.⁶²

Há que se ressaltar que não é necessária a previsão legal de uma prova, bastando que ela não seja proibida.⁶³ Mas ainda que não haja vedação expressa a

⁵⁵ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66-68.

⁵⁶ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

⁵⁷ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 69.

⁵⁸ BARROS. Op. cit. p. 219.

⁵⁹ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas Bookseller, 2001. p. 157

⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 99-100.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 132.

⁶² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50-51.

⁶³ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 10-11.

determinado meio de prova é preciso analisar seu resultado que pode violar direitos, como é o caso de uma interceptação telefônica realizada sem autorização judicial.⁶⁴

3.1 PROVAS ILÍCITAS

As provas ilícitas são aquelas que violam norma de direito material ou princípios e normas constitucionais.⁶⁵ O artigo 157 do diploma processual define como prova ilícita aquelas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais. Parte da doutrina entende que norma legal se refere às leis materiais.⁶⁶

A Constituição Federal assegurou diversas garantias que configuram limites ao direito probatório, como a inviolabilidade de domicílio, de sigilo de correspondência e das telecomunicações, o direito à intimidade e à privacidade, entre outros, que se violados para obtenção de uma prova esta será considerada ilícita.⁶⁷ Entretanto, é preciso lembrar que nenhum direito é absoluto, o que significa dizer que a prática de um ato contrário a norma não implicará necessariamente na ilicitude da prova⁶⁸.

Mesmo porque a própria Constituição prevê hipóteses de relativização dos direitos ao estabelecer exceções, demonstrando que em algumas situações o interesse público pode prevalecer sobre a regra, como é o caso da busca e apreensão em domicílio com autorização judicial.⁶⁹

Além disso, considerando que a prova ilícita é exterior ao processo, a violação se dá no momento de sua obtenção, e não quando é introduzida nos autos. Isso significa dizer que o vício se concretiza na ocasião em que a prova é colhida, motivo pelo qual não pode ser repetida.⁷⁰

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 348.

⁶⁵ DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011. p. 519-520

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 595.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 134.

⁶⁸ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 11-13.

⁶⁹ PRADO, Op. cit. p. 23-26.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 594.

3.2 PROVAS ILEGÍTIMAS

As provas ilegítimas, por sua vez, consistem na violação de normas processuais, sendo que tal violação pode levar à nulidade do ato. Por essa razão, a prova ilegítima pode ser renovada, conforme prevê o artigo 573, *caput*, do Código de Processo Penal.⁷¹

Além disso, outra diferença a ser observada entre as provas ilícitas e ilegítimas diz respeito ao momento da violação. Nestas, a violação ocorre quando de sua produção no processo. Exemplo de prova ilegítima é o interrogatório do acusado sem a presença de seu defensor.⁷²

Podem, ainda, existir provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas quando violarem, ao mesmo tempo, norma de direito material e processual, como é o exemplo de um policial que realiza busca e apreensão em domicílio sem autorização judicial ou sem flagrante delito.⁷³

Em que pese a distinção doutrinária, há posição no sentido de que ambas as provas são ilícitas e inadmissíveis, não sendo necessário diferenciá-las, visto que o Código de Processo Penal não o faz.⁷⁴

3.3 (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

A questão da admissibilidade das provas ilícitas sempre causou, e ainda causa, grande discussão na doutrina e na jurisprudência. A todo o momento são notadas posições conflitantes sobre o assunto, sendo a prova ilícita admitida ou rejeitada.⁷⁵

Portanto, importante destacar as principais correntes doutrinárias acerca da admissibilidade ou não das provas. A primeira corrente trata da admissibilidade

⁷¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010. p. 399.

⁷² PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.12-13.

⁷³ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 606.

⁷⁴ GOMES, Magno Frederico. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, 2004. v. 30. p. 38.

⁷⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 43.

processual da prova ilícita. Esta se ampara no princípio do livre convencimento do juiz e na busca pela verdade real.⁷⁶

Seus seguidores sustentam que a verdade revelada pela prova não pode ser ignorada, sob o argumento de que seu conteúdo e o meio ilícito utilizado não se confundem.⁷⁷ Alegam que a prova ilícita possui uma sanção específica para cada ofensa ao direito material. Assim, embora ilícita, a prova deve ser considerada válida, devendo aquele que violar a norma responder por um ilícito civil ou até mesmo por um delito. Por outro lado, entendem que as provas ilegítimas devem ser rejeitadas, visto que possuem uma sanção processual.⁷⁸

Segundo esse posicionamento, a confissão obtida mediante tortura, por exemplo, deveria ser admitida, ao passo que aquele que a praticasse fosse punido nos termos da lei.⁷⁹ Afirmam, ainda, que a sanção utilizada contra aquele que infringir direitos constitucionais seria uma maneira de desestimular ações ilícitas.⁸⁰

Embora na Itália existissem adeptos a esta corrente, seguindo a linha “*male captum, bene retentum*”, em que era considerado irrelevante o meio de obtenção da prova,⁸¹ os direitos individuais passaram a ter maior importância frente à verdade real em razão de uma Constituição que passou a proibir a violação aos direitos de personalidade. E com a promulgação do Código de Processo Penal italiano, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos se tornou expressamente vedada.⁸²

Já a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas se baseia na ideia de que toda prova ilícita atinge um direito fundamental, razão pela qual deve ser considerada inconstitucional.⁸³ Segundo a doutrina, não há que se ponderar direitos ou garantias, pois os direitos do acusado não podem ser violados a pretexto da busca pela verdade.⁸⁴

⁷⁶ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009p. 27

⁷⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 168-169.

⁷⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 63-64.

⁷⁹ FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 187.

⁸⁰ PEDROSO, Op. cit. p. 171.

⁸¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 59.

⁸² PRADO, Op. cit. p. 27-28.

⁸³ ARANHA, Op. cit. p. 65.

⁸⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 163.

Essa corrente se originou no processo penal dos Estados Unidos da América em 1914, no caso Weeks, em razão de uma prova obtida em violação ao domicílio.⁸⁵ Denominada de “princípio da exclusão”, essa teoria visa, principalmente, prevenir futuras violações às garantias constitucionais. Em outras palavras, evitar que uma autoridade pratique uma conduta ilícita, eis que, uma vez rejeitada a prova, inútil seria o esforço da autoridade competente.⁸⁶

O princípio era utilizado apenas nos processos de âmbito federal, e apenas se firmou nas Cortes estaduais em 1961 a partir do caso “Mapp v. Ohio”,⁸⁷ no qual um material obsceno, cuja posse era proibida, fora apreendido em uma residência sem mandando judicial.⁸⁸

Há também entendimento no sentido de que a prova ilícita não pode ser admitida em razão da unidade do ordenamento. Ou seja, pouco importa se fora violada uma norma de natureza processual ou material, pois o ordenamento será atingido em sua totalidade.⁸⁹

Do ponto de vista desta corrente, não há como admitir uma prova proibida alegando ser esta a única hábil a condenar o réu ou em razão da gravidade do delito, pois entendem que o direito à intimidade e a liberdade do indivíduo devem sempre prevalecer.⁹⁰

Na Alemanha, a partir de 1950, começaram a surgir vedações às formas de violência física e moral e, conseqüentemente, foi proibida a utilização de provas obtidas em violação às regras.⁹¹

Entretanto, outra teoria começou a ser utilizada nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual se baseava no princípio da proporcionalidade. Muitas vezes direitos e garantias constitucionais colidem entre si, sendo necessário ponderar os valores em questão. Nestes casos, deve o Estado decidir entre a defesa de um direito constitucional ou de um direito individual que fora violado para

⁸⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.120.

⁸⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 607-608.

⁸⁷ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 30.

⁸⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 53-54.

⁸⁹ MENDONÇA, Op. cit. p. 61-63.

⁹⁰ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas Bookseller, 2001. p. 159-160.

⁹¹ AVOLIO, Op. cit. p. 51.

apuração da prova ilícita. De acordo com a teoria da proporcionalidade há ocasiões em que direitos individuais poderão ser sacrificados em prol do interesse público, uma vez que não há direito absoluto.⁹²

Conforme entendimento da Corte alemã, para aplicação desta teoria é preciso que o meio utilizado seja adequado, no sentido de que irá alcançar o resultado almejado, exigível, considerando que não há como atingir o resultado por outro meio que não este⁹³ e, ainda, fala-se na proporcionalidade em sentido estrito, que se trata da valoração entre os prejuízos e benefícios a serem produzidos.⁹⁴

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, pode-se falar na teoria da exclusão da ilicitude. De acordo com esta teoria é admissível uma prova ilícita, desde que utilizada para provar a inocência do acusado. A doutrina entende que, nesses casos, aquele que viola uma norma estará acobertado pelas causas excludentes de ilicitude, não havendo que se falar em conduta ilícita. Portanto, não seria justo condenar alguém que se sabe inocente, prevalecendo o direito à liberdade sobre o direito sacrificado para obtenção da prova.⁹⁵

É preciso destacar que o princípio da proporcionalidade não objetiva favorecer ou prejudicar o acusado, mas sim analisar o caso concreto a fim de constatar se a ofensa realizada protege direito de maior importância do que o violado.⁹⁶

3.3.1 Posição brasileira

No contexto histórico anterior à Constituição de 1988, desde que o meio ilícito utilizado fosse de certa forma “tolerável”, a prova ilícita era permitida em virtude do interesse público e da proteção social.⁹⁷

O Supremo Tribunal Federal se manifestava pela admissibilidade das provas ilícitas, como se pode observar no voto de um dos ministros ao afirmar que não lhe

⁹² BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 70-72.

⁹³ RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 4. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 26.

⁹⁴ BARROS, Op. cit. p 272

⁹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 424-425.

⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83-85

⁹⁷ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas Bookseller, 2001. p. 155

cabia constatar a ilicitude de uma prova, mas apenas julgar com base nas que tivessem sido produzidas, não sendo a ilicitude motivo para ignorá-la.⁹⁸

Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, é que se estabeleceu a inadmissibilidade das provas ilícitas no artigo 5º, inciso LVI. Entende-se que a vedação prevista por este dispositivo não é passível de qualquer relativização ou exceção,⁹⁹ visto que o legislador ao entender que a regra poderia ser afastada o fez expressamente, o que não ocorreu neste caso¹⁰⁰.

Sustenta a doutrina que a admissão de uma prova ilícita não só viola o texto constitucional, como também direitos e garantias individuais.¹⁰¹ E considerando que a atual Constituição brasileira tem como base o Estado Democrático de Direito, devem as liberdades individuais prevalecer sobre a defesa social.¹⁰²

No entanto, essa vedação não é absoluta. A prova ilícita utilizada em favor do réu, por exemplo, é acolhida de forma praticamente unânime.¹⁰³

Além disso, atualmente, já se pode observar a presença da teoria da proporcionalidade em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ao decidir pela admissibilidade da prova ilícita nos casos em que algum direito prevalecer sobre a norma violada.¹⁰⁴ Neste sentido, por exemplo, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal pela admissibilidade de uma escuta telefônica ilegal ao argumento de que ela foi produzida em legítima defesa da vítima.¹⁰⁵

Outro ponto a ser observado diz respeito à eficácia das provas proibidas. Para isso, é preciso destacar que a admissibilidade consiste na valoração de uma prova antes de sua realização ou ingresso ao processo, enquanto que a nulidade é posterior ao ato, e uma vez reconhecida sua irregularidade poderá a prova ser considerada ineficaz.¹⁰⁶ Logo, não se fala em nulidade da prova ilícita e, sim, na sua

⁹⁸ FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 188.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 595.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 49.

¹⁰¹ FREGADOLLI, Op. cit. p. 190.

¹⁰² MENDONÇA, Op. cit. p. 10-11.

¹⁰³ GOMES, Magno Frederico. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, 2004. v. 30. p. 46.

¹⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83-85.

¹⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.678, da Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05.08.1997.

¹⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 93-95.

inadmissibilidade, visto que sequer pode ser introduzida nos autos.¹⁰⁷ E as provas ilegítimas, conforme já analisado, serão declaradas nulas, perdendo sua eficácia.¹⁰⁸

Sustenta a doutrina que as provas ilícitas não são consideradas provas, inexistindo juridicamente, motivo pelo qual são totalmente ineficazes. De acordo com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal as provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos para que não sejam utilizadas como fundamento para uma decisão.¹⁰⁹ Mas ainda que sejam utilizadas para motivar uma decisão esta poderá ser declarada nula por meio da revisão criminal ou, antes do trânsito em julgado, por meio de *habeas corpus*, devendo a sentença ser anulada e as provas desentranhadas.¹¹⁰

No caso de julgamentos do Júri, em que não se sabe quais as provas utilizadas para a decisão, não pode a prova ilícita ser apresentada ao corpo de jurados, e caso isso aconteça deverá o conselho ser alterado ou, então, anulado o julgamento.¹¹¹

O Código de Processo Penal não determina o momento em que a prova deve ser desentranhada. Entende-se que tal ato deve ocorrer antes da audiência, e caso a prova seja juntada após esse momento, deverá ser apreciada imediatamente.¹¹²

A doutrina critica o § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal que dispõe como uma faculdade das partes acompanhar o incidente de inutilização da prova ilícita não desentranhada, em razão da imprescindibilidade da participação das mesmas como garantia do direito de defesa.¹¹³

Ainda que se tenha dito que as provas proibidas não alcançam o inquérito policial, é preciso fazer uma ressalva. Caso tal prova seja aquela indispensável à propositura da ação penal, sem a qual não poderia ser oferecida a denúncia, esta

¹⁰⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 14-15

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

¹⁰⁹ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 143 3 619.

¹¹⁰ GRINOVER. Op. cit. p. 144.

¹¹¹ GOMES FILHO, Op. cit. p. 168.

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 344.

¹¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010. p. 401.

deverá ser desentranhada do inquérito policial que, conseqüentemente, deverá ser arquivado.¹¹⁴

Em que pese a vedação constitucional, no Brasil as provas ilícitas ainda são admitidas em razão da cultura inquisitória que permanece em nosso sistema até os dias de hoje.¹¹⁵

3.4 PROVA EMPRESTADA

Denomina-se prova emprestada aquela produzida em um processo e transferida para outro. Trata-se formalmente de uma prova documental regida pelos mesmos princípios constitucionais aplicáveis à prova em geral.¹¹⁶

Embora seja transportada a outro processo como uma prova documental, sua essência permanece a mesma do processo originário.¹¹⁷

De acordo com a doutrina, ainda que sua obtenção seja lícita, o seu ingresso em outro processo é considerado inadmissível, eis que produzida em processo distinto, com outros acusados, o que acaba por violar o contraditório.¹¹⁸

Em razão disso, a doutrina estabeleceu como requisito que a prova tenha sido produzida perante as mesmas partes¹¹⁹ ou ao menos diante daquele que será por ela atingido. Isso porque ninguém pode ser prejudicado por uma prova da qual não teve a oportunidade de se defender.¹²⁰ E ainda que a parte tenha participado da produção dessa prova, deverá se manifestar acerca de sua introdução em processo diverso¹²¹.

Em análise às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça verifica-se que em se tratando de processos conexos possível o aproveitamento da prova.¹²²

¹¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 89-90.

¹¹⁵ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 609.L

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 125.

¹¹⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 255.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P. 368.

¹¹⁹ GRINOVER, Op. cit. p. 126.

¹²⁰¹²⁰ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 58.

¹²¹ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas Bookseller, 2001. p. 195-198.

¹²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 183.978 e 244.190.

No caso de processo desmembrado por questões processuais, como por exemplo a não localização de um dos corréus, também tem se admitido a utilização das provas do feito originário desde que repetido o contraditório.¹²³

Quanto à interceptação telefônica, prevalece o entendimento de que não poderá ser emprestada para um processo cível, visto que a Constituição restringe a quebra de sigilo para fins de investigação criminal e instrução processual penal¹²⁴. Contudo, alguns Tribunais se manifestam pela admissibilidade da utilização de interceptações em processos administrativos e de natureza cível.¹²⁵

A doutrina prevê a hipótese em que o processo da prova originária é declarado nulo por inteiro. Neste caso entende-se que a prova emprestada não será válida, pois carregará os vícios do processo originário.¹²⁶

Entende-se que a prova emprestada terá o mesmo valor da prova original, mas não poderá o juiz fundamentar sua decisão exclusivamente nela.¹²⁷

O Projeto de Lei nº 156/2009 passa a prever essa modalidade de prova, a qual só poderá ser aproveitada caso a pessoa contra quem ela for utilizada tenha participado do contraditório.¹²⁸

3.5 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Para analisar a teoria em questão, é preciso conceituar as provas ilícitas por derivação. Trata-se de uma prova lícita obtida por meio de uma prova ilícita.¹²⁹

¹²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 103.510, da Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJ 19.12.2008.

¹²⁴ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 118-119.

¹²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 21.002, da Primeira Seção, Rel. Min. Of Fernandes, DJ 01.07.2015.

¹²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 435.

¹²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. v. II. p. 841.

¹²⁸ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

A grande discussão diz respeito à admissibilidade dessas provas, sendo que tal questão ainda não foi pacificada. Uma das soluções encontradas foi a teoria dos frutos da árvore envenenada. Esta teoria se originou na Suprema Corte norte-americana, em 1920, no caso “*Silvthorne Lumber Co. v. United States*” como “*fruits of the poisonous tree*”. De acordo com essa corrente o defeito da árvore é transferido aos seus frutos, ou seja, o vício de uma prova é transferido às provas subsequentes.

Em razão disso, passaram a rejeitar as provas derivadas de outras provas ilícitas, objetivando desestimular a prática de métodos ilegais de obtenção de provas.¹³⁰

É preciso destacar que essa proibição não era absoluta e encontrava limitações, como a chamada “*independent source*” e a “*inevitable Discovery*”¹³¹.

Denominada exceção da fonte independente, quando a prova derivar tanto de um meio ilícito quanto lícito, não há que se falar em ilicitude, pois ainda que o meio ilícito seja excluído, subsistirá a prova. Já a descoberta inevitável diz respeito à prova obtida exclusivamente em razão de uma prova ilícita, mas que, presumidamente, seria alcançada de qualquer forma, mesmo que a fonte ilícita fosse excluída.¹³²

Em um determinado caso a identificação datiloscópica do acusado foi desentranhada do processo, pois derivava de uma prisão ilegal. Posteriormente, essa mesma prova foi produzida, mas por outro meio. Observa-se que no caso em questão a prova foi obtida por uma fonte independente, autônoma da que era considerada ilícita, sendo possível utilizá-la.¹³³ Em que pese a existência da teoria

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

¹³⁰ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 23.

¹³¹ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 15

¹³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010. p. 405-406.

¹³³ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 18.

dos frutos da árvore envenenada, em 2009, a Suprema Corte norte-americana aceitou uma prova obtida em razão de uma prisão ilegal¹³⁴.

Há entendimento no sentido de que a fonte independente não se refere a uma exceção da teoria, pois sequer há nexos causal entre a prova derivada e a prova ilícita.¹³⁵

A jurisprudência alemã, por sua vez, se manifesta pela admissibilidade das provas ilícitas por derivação, sob o argumento da busca pela verdade e por entender que tais provas poderiam ser utilizadas pela defesa como um meio de excluir elementos probatórios relevantes¹³⁶.

Em 1986, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo desentranhamento da prova ilícita e pelo trancamento do inquérito policial, eis que os elementos que constavam dos autos derivavam de uma prova ilícita¹³⁷. Em 1993, parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que o único meio de validar a vedação constitucional às provas ilícitas seria adotando a teoria norte-americana¹³⁸.

Então, em 2008, o Código de Processo Penal introduziu esta teoria no artigo 157, §1º, estabelecendo a inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, especificando, ainda, que quando não houver nexos de causalidade e nos casos em que a prova puder ser obtida por outro meio não haverá contaminação da prova originariamente ilícita¹³⁹.

É preciso mencionar alguns equívocos trazidos pelo diploma processual brasileiro acerca da citada teoria. Logicamente que se não há nexos entre as provas, não há que se falar em contaminação. Além disso, o § 2º do referido artigo definiu fonte independente a partir do conceito norte-americano de "*inevitable discovery*".¹⁴⁰

A doutrina ainda critica a redação do § 1º, sustentando que tal leva ao entendimento de que caso a prova possa ser obtida por outro meio, restará afastada sua ilicitude, ainda que esse outro meio não se concretize. Contudo, esta

¹³⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

¹³⁵ GOMES FILHO, Op. cit. p. 406.

¹³⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 63.834, da 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 05.06.1987.

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 69.912, do Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.11.19933.

¹³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 599.

¹⁴⁰ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 14-18.

interpretação destoa da ideia original norte-americana, em que a prova afastada efetivamente foi reproduzida de outro modo¹⁴¹.

Ainda que não haja outra forma de alcançar a prova ilícita por derivação, há quem a considere inadmissível, em razão da vedação constitucional das provas ilícitas, e também há entendimento pela aplicação do princípio da proporcionalidade.¹⁴²

A corrente que se posiciona pela inadmissibilidade de tais provas sustenta que todos os atos decorrentes da prova ilícita originária devem ser desentranhados.¹⁴³ Não há razão para aceitar uma prova ilícita por derivação, considerando as restrições à admissibilidade da prova¹⁴⁴. E de acordo com a doutrina que julga inexistente a prova ilícita, a prova que dela derivar também será considerada ilícita, em razão do princípio da legalidade e da honestidade processual.¹⁴⁵

Neste sentido é a redação do Projeto de Lei nº 156/2009, do Novo Código de Processo Penal, que sana as ideias ambíguas presentes no atual Diploma e estabelece a inadmissibilidade de todas as provas obtidas por meios ilícitos e das delas derivadas.¹⁴⁶

Ainda que a Constituição não tenha abordado expressamente a questão das provas ilícitas por derivação, entende-se que se uma prova viola direitos constitucionais sua ilicitude contaminará as demais, sendo considerada ilícita por derivação.¹⁴⁷

4 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

¹⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010. p. 403-405.

¹⁴² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 83-84.

¹⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 601.

¹⁴⁴ GOMES FILHO. Op. cit. p. 403.

¹⁴⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 69.

¹⁴⁶ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

¹⁴⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 89.

A questão acerca do sigilo das correspondências começou a repercutir no momento em que autoridades passaram a analisar o conteúdo das correspondências para verificar possíveis atos contra a sua segurança e a do Estado. Foi a partir da Revolução Francesa que o sigilo à correspondência passou a ser tutelado como direito fundamental em diversas constituições modernas.¹⁴⁸

Posteriormente, com a invenção do telefone, o sigilo alcançou também as comunicações telefônicas.¹⁴⁹ Em 1968, os Estados Unidos da América proibiu as interceptações das comunicações particulares alheias, excetuando as hipóteses utilizadas pela polícia judiciária e pelos serviços de segurança. A interceptação que não se realizasse nos moldes previstos em lei não seria admitida em juízo.¹⁵⁰

Na Itália, a Constituição passou a considerar inviolável o sigilo de correspondências e das comunicações, ressalvadas as hipóteses autorizadas por determinação judicial motivada ou em razão de garantias previstas em lei.¹⁵¹

Sob influência do direito comparado, em 1824, a Carta Imperial brasileira passou a tutelar o sigilo das correspondências que se manteve até o ano de 1946.¹⁵² Em 1967, além do sigilo da correspondência, a Constituição assegurou também a inviolabilidade das comunicações telegráficas e telefônicas de forma praticamente absoluta,¹⁵³ ressalvadas as hipóteses de estado de sítio e de medidas emergenciais.¹⁵⁴

Em que pese a vedação constitucional, leis infraconstitucionais já previam exceções à garantia constitucional, como é o caso do artigo 240, § 1º, *f*, do Código de Processo Penal, que admitia a apreensão de cartas, abertas ou não, do acusado.

Além disso, regia nesse período o Código Brasileiro de Telecomunicações, que previa a possibilidade de interceptação autorizada por juiz competente.¹⁵⁵

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 186-187.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 01.

¹⁵⁰ GRINOVER, Op. cit. p. 213.

¹⁵¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. p 146.

¹⁵² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 02.

¹⁵³ GRINOVER, Op. cit. p. 177-178.

¹⁵⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 284.

¹⁵⁵ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 123.

A doutrina e a jurisprudência indagavam a constitucionalidade deste dispositivo, sendo que para alguns violava a regra constitucional e, portanto, seria inconstitucional, ao passo que para outros nenhum direito seria absoluto.¹⁵⁶

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas foi mantido. Todavia, foram estabelecidas duas exceções ao sigilo das comunicações telefônicas: para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do artigo 5º, inc. XII, da Constituição Federal.¹⁵⁷

Essa exceção ao direito à intimidade trata-se de uma reserva de lei qualificada, uma vez que a Constituição exigia uma lei que regulamentasse a restrição ao direito fundamental e que atendesse também os requisitos já previstos no texto constitucional¹⁵⁸.

Ocorre que não havia lei que regulamentasse a matéria. Em razão disso, parte da doutrina entendia que o Código Brasileiro de Telecomunicações poderia ser utilizado com base no princípio da proporcionalidade e a outra corrente entendia necessária a criação de uma lei específica, alegando que o referido Código não havia sido recepcionado pela Constituição¹⁵⁹.

Este último posicionamento era adotado pelo Supremo Tribunal Federal que entendia que o Código Brasileiro de Telecomunicações não preenchia as exigências do dispositivo constitucional, uma vez que não descrevia as hipóteses nem a forma da interceptação¹⁶⁰.

Então, em 1996 foi promulgada a Lei nº 9.296 que passou a regulamentar as interceptações telefônicas, conforme será analisado adiante.

O Supremo Tribunal Federal se posicionava pela inadmissibilidade das interceptações telefônicas realizadas antes da Lei nº 9296/96, considerando-as

¹⁵⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 284.

¹⁵⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 32.

¹⁵⁸ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 84-85.

¹⁵⁹ SILVA, Op. cit. p. 32.

¹⁶⁰ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 90.

ilícitas, enquanto outros Tribunais se manifestavam pela admissibilidade.¹⁶¹ Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, foi decidido que caso a interceptação tivesse sido autorizada pela Justiça não havia que se falar em prova ilícita, ainda que ela tenha sido obtida antes da referida Lei.¹⁶²

Com fundamento no artigo 2º do Código de Processo Penal, todos os processos que estivessem em andamento passariam a ser regulamentados pela Lei nº 9.296/96. Mas nos casos em que a interceptação telefônica já houvesse acontecido as provas obtidas seriam ilegítimas, a menos que a interceptação tivesse se realizado nos moldes da lei vigente¹⁶³.

4.1 A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade pode ser analisado sob o viés do conflito entre o direito à liberdade de imprensa e a intimidade ou, então, a partir das intervenções do poder público na esfera privada com o escopo de alcançar interesses públicos. O objeto do presente estudo alude ao segundo aspecto.¹⁶⁴

Primeiramente, é preciso destacar que o direito à intimidade não se confunde com o direito à privacidade, visto que a própria Constituição os previu separadamente,¹⁶⁵ embora haja uma corrente que entenda que ambos os direitos sejam iguais e outra para a qual o direito à intimidade engloba outros direitos, inclusive, a vida privada.¹⁶⁶

Trata-se de um direito de personalidade por ser absoluto, no sentido de que é oponível a todos, indisponível, ao passo que seu titular não pode renunciar deste direito, e não patrimonial, não podendo ser avaliado economicamente.¹⁶⁷

¹⁶¹ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 124-125.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 6489/SP, da 6ª turma, Relator: Willian Patterson, DJ 23.03.198.

¹⁶³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18-19.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 71-72.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. p. 206.

¹⁶⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 30.

¹⁶⁷ FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 40-41.

Em um primeiro momento o direito à intimidade visa impedir a interferência alheia nos aspectos da vida íntima, a fim de resguardá-los. Já em um segundo momento procura evitar a divulgação desses aspectos particulares.¹⁶⁸

Há quem diga que o direito à intimidade trata-se de garantia negativa, uma vez que objetiva evitar que terceiros tenham acesso a questões confidenciais, dados pessoais, relações familiares, etc.¹⁶⁹

A intimidade foi protegida pela primeira vez em 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e, em seguida, foi reconhecida também na Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁷⁰

Desde 1824 a Constituição brasileira já tutelava a intimidade ao garantir a inviolabilidade do domicílio e das cartas. Em 1967, além da inviolabilidade de domicílio, a Constituição passou a garantir o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas. Finalmente, a Constituição Federal de 1988 assegurou expressamente o direito à intimidade em seu artigo 5º, inciso X.¹⁷¹

Atualmente, o direito à intimidade é considerado cláusula pétrea, não podendo ser suprimido em qualquer hipótese¹⁷². Mas isso não significa dizer que se trata de um direito absoluto, pois está sujeito a algumas limitações decorrentes do interesse coletivo e do desenvolvimento das atividades do Estado, como por exemplo, na esfera judicial e policial. É preciso ressaltar que a própria constituição estabelece hipóteses que o limitam, como a possibilidade de entrar em uma residência com autorização judicial¹⁷³.

A Constituição, ao considerar inviolável a correspondência e as comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, tem como objetivo limitar a atividade estatal em face dos direitos e garantias constitucionais, visando tutelar, principalmente, o direito

¹⁶⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 32-34.

¹⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6 ed. atualizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.111-112.

¹⁷⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 138.

¹⁷¹ FREGADOLLI, Op. cit. p. 63-65.

¹⁷² FREGADOLLI, Ibid.

¹⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6 ed. atualizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 114-116.

à intimidade.¹⁷⁴ Portanto, pode-se dizer que o sigilo das comunicações é um desdobramento do direito à intimidade¹⁷⁵.

O direito à intimidade não foi tutelado apenas constitucionalmente, mas também nas esferas penal e cível, como por exemplo, o crime de violação de domicílio ou de correspondência, que tutelam de forma indireta a intimidade da pessoa humana¹⁷⁶.

Considerando que não há direito absoluto, ainda que não haja previsão expressa na Constituição, é possível restringir os direitos fundamentais, razão pela qual até mesmo o sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas podem ser afastados.¹⁷⁷

Assim, a pretexto de proteger a sociedade, o legislador impôs limites ao direito à intimidade ao possibilitar a interceptação de comunicações telefônicas na forma prevista em lei.¹⁷⁸ Observa-se, então, o sacrifício do direito à intimidade em face do interesse público¹⁷⁹

Constantemente este direito é violado pelo poder público sob o argumento de que a invasão na esfera privada tem o objetivo de alcançar interesses sociais¹⁸⁰.

No ramo processual penal o direito à intimidade gera uma grande problemática, uma vez que visa limitar os poderes da investigação para proteger os direitos individuais e ao mesmo tempo tutelar interesses da sociedade. E diante do avanço dos métodos de investigação pela busca da verdade foi preciso estabelecer

¹⁷⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. P. 96.

¹⁷⁵ FREGADOLLI, Op. cit. p. 73

¹⁷⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 143.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 484-485.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 134.

¹⁷⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 45.

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 71.

limites para tutelar esse direito¹⁸¹. De um lado procura-se tutelar o direito à intimidade e do outro o direito à prova em face da defesa da coletividade.¹⁸²

Embora a Lei de Interceptações Telefônicas tenha como finalidade regulamentar essa medida que atingi o direito à intimidade, por possuir lacunas e não suprir os questionamentos que surgiram desde a sua edição, passou a ser utilizada de forma excessiva.

A título de exemplo, oportuno destacar a Reclamação 23457/PR referente ao processo da Lava-jato em que uma conversa interceptada entre o alvo Luiz Inácio Lula Silva e Dilma Rousseff foi divulgada de forma indevida, segundo entendimento da Suprema Corte:

“(...) 10. Como visto, a decisão proferida pelo magistrado reclamado em 17.3.2016 (documento comprobatório 4) está juridicamente comprometida, não só em razão da usurpação de competência, mas também, de maneira ainda mais clara, pelo levantamento de sigilo das conversações telefônicas interceptadas, mantidas inclusive com a ora reclamante e com outras autoridades com prerrogativa de foro. Foi também precoce e, pelo menos parcialmente, equivocada a decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas, em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia determinação de interrupção das escutas. (...) 11. O art. 5º, XII, da Constituição da República somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Há, portanto, necessidade de ordem emanada por autoridade judicial competente para julgamento da ação principal (art. 1º da Lei 9.296/1996), sendo que, “no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes” (HC 81260, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2001, DJ 19/4/2002). No caso, o próprio juízo reclamado esclarece que “o diálogo controvertido, de 16/03/2016, entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a Exma. Presidenta da República Dilma Rousseff [...] foi juntado pela autoridade policial no evento 133 e foi interceptado após este Juízo ter determinado o encerramento das interceptações, mas antes da efetivação da medida pelas operadoras”. Ora, a jurisprudência desta Corte é categórica acerca da inviabilidade da utilização da prova colhida sem observância dos

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDO, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 92-93.

¹⁸² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 97.

direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição, (...). Assim, não há como manter a aludida decisão de 17.3.2016, que deve ser cassada desde logo. Além de proferida com violação da competência desta Corte, ela teve como válida interceptação telefônica evidentemente ilegítima, porque colhida quando já não mais vigia autorização judicial para tanto.(...) ”¹⁸³

Registre-se que o Pacto Republicano de 2009 incluiu como item prioritário a necessidade de mudar algumas das condições do procedimento de interceptação, com o fim de evitar a violação aos direitos fundamentais¹⁸⁴.

O Projeto de Lei nº 156/2009 pode ser visto como uma maneira de reduzir essas violações, já que ele trata da interceptação telefônica de forma mais aprofundada, pormenorizando seu procedimento, o que acaba por estabelecer limites que não são encontradas na legislação atual.

4.2 CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Juridicamente, interceptação significa captar, ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica.¹⁸⁵ A interceptação, em sentido amplo, diz respeito à intervenção, realizada por um terceiro, nas comunicações telefônicas alheias¹⁸⁶.

Já a interceptação telefônica em sentido estrito, que será abordada ao longo deste capítulo, se refere à captação da comunicação por um terceiro da qual seus interlocutores não têm conhecimento¹⁸⁷. Quando a comunicação for interceptada por um terceiro, mas um dos interlocutores tiver ciência desta intervenção, se estará diante de uma escuta telefônica¹⁸⁸.

A interceptação ambiental é aquela realizada através de algum meio de gravação dentro do ambiente onde se encontram os interlocutores, sem o conhecimento destes¹⁸⁹. A comunicação é interceptada quando o terceiro que capta

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 23457/PR. Min. Rel. Teori Zavascki, DJ 13/06/2016.

¹⁸⁴ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

¹⁸⁵ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

¹⁸⁶ AVOLIO, Op. cit. p. 117.

¹⁸⁷ GRINOVER, Op. cit. p. 116-117.

¹⁸⁸ AVOLIO, Op. cit. p. 122.

¹⁸⁹ GOMES, Op. cit. p. 111.

a conversa não é o destinatário direto, ou seja, não é interlocutor da comunicação, e tampouco o indireto, que é aquele que está presente, mas não participa do diálogo¹⁹⁰.

Entende-se que a Lei 9.296/96 não abrange interceptações ambientais. E considerando que não há regulamentação própria, essa modalidade de interceptação é ilícita na medida em que viola o direito à intimidade.¹⁹¹

A escuta ambiental, por sua vez, também é realizada por um terceiro no ambiente em que são captados os sons. Todavia, a característica que a difere da interceptação ambiental é que um dos interlocutores tem conhecimento da intervenção¹⁹².

Importante destacar que embora a interceptação e escuta ambiental possam ser realizadas por meio de gravadores, ainda assim são consideradas interceptações, em sentido amplo¹⁹³.

Por fim, a gravação clandestina é aquela realizada por um dos interlocutores, seja na comunicação telefônica ou entre presentes. Não se trata, portanto, de uma interceptação, motivo pelo qual não é compreendida pela garantia constitucional do sigilo das comunicações.¹⁹⁴ Portanto, é possível utilizar essa gravação como meio de prova desde que para defesa do réu ou da coletividade.¹⁹⁵

4.3 O REGIME LEGAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

As Interceptações Telefônicas são regidas pela Lei 9.296/96, a qual regulamenta a parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. De acordo com a Constituição é possível violar uma comunicação telefônica desde que haja ordem judicial, nas hipóteses e forma previstas em lei.

¹⁹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 122-125.

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDO, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.197-198.

¹⁹² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 111-113.

¹⁹³ AVOLIO, Op. cit. p. 125.

¹⁹⁴ GRINOVER, Op. cit. p. 198-200.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 113.

Observa-se que a própria Constituição limita a quebra de sigilo para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Logo, tal medida não pode ser adotada nas demais esferas do direito, ressalvadas as hipóteses de prova emprestada, conforme já analisado.¹⁹⁶

Portanto, uma interceptação telefônica que não se realize nos moldes previstos em lei poderá ser considerada ilícita e, conseqüentemente, inadmissível. Além do mais, caracterizará crime nos termos do artigo 10 da mesma lei.¹⁹⁷

4.3.1 Abrangência da Lei

As interceptações telefônicas são regidas pela Lei 9.296/96. De acordo com o artigo 1º, a interceptação telefônica pode incidir sobre comunicações telefônicas de qualquer natureza. Em razão da amplitude do dispositivo, surgiram duas discussões sobre as quais serão feitas algumas considerações.¹⁹⁸

Primeiramente, questiona a doutrina se todas as modalidades de interceptação estão compreendidas por esta lei. É pacífico o entendimento de que a mencionada lei não incide sobre gravações clandestinas, na medida em que estas são realizadas por um dos interlocutores e o sigilo envolve apenas terceiros¹⁹⁹.

Por outro lado, há divergências quanto à escuta telefônica. Parte da doutrina sustenta que a lei também regula a escuta telefônica,²⁰⁰ enquanto que a outra parte defende que não, devendo a licitude da medida ser analisada a partir da ponderação entre o direito à intimidade e a justa causa.²⁰¹

Outra questão discutida diz respeito ao tipo de comunicação telefônica. Há entendimento de que a medida disciplinada na lei se restringe às conversas

¹⁹⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

¹⁹⁷ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 105.

¹⁹⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 206-207.

¹⁹⁹ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

²⁰⁰ GOMES, Op. cit. p. 96.

²⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 06.

telefônicas. Isso porque a lei deve se adequar ao texto da Constituição, e este veda a violação da correspondência, da comunicação telegráfica e de dados.²⁰²

Ocorre que, atualmente, o conceito de comunicação telefônica é muito mais abrangente, não se referindo apenas às conversações. A ideia é que a natureza da comunicação deve envolver recursos da telefonia.²⁰³

O legislador não teria se utilizado da expressão “de qualquer natureza” caso estivesse se referindo apenas à transmissão de voz. Seria incongruente aceitar apenas a interceptação de sons diante do avanço tecnológico.²⁰⁴ Logo, a comunicação telefônica se estende também à transmissão de imagens, escritos, desenhos e dados por linha telefônica.²⁰⁵

Para esse corrente, é preciso interpretar o artigo 1º em articulação com o artigo 10 que tipifica o crime de interceptação de comunicações telefônicas realizada sem autorização. Ao considerar comunicação telefônica apenas a conversa telefônica, se restringiria o direito à intimidade, visto que estaria excluída da tutela penal a interceptação de imagens, dados, informações.²⁰⁶

Em que pese tais discussões, conforme consta do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal o sigilo das comunicações passa a compreender o conteúdo de conversas, sons, dados e outras informações transmitidas ou recebidas por ligação telefônica. Consta, ainda, que a interceptação abrange escuta, gravação, transcrição, decodificação e qualquer procedimento de obtenção de informação ou dados.²⁰⁷

²⁰² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. p. 216.

²⁰³ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 99 e 113-114..

²⁰⁴ GOMES, Ibid.

²⁰⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

²⁰⁶ GOMES, Op. cit. p. 11 4-115.

²⁰⁷ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

4.3.2 Parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296 de 1996

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º a lei se aplica também ao fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática. A telemática se refere à informação que resulta do uso combinado de telecomunicação e informática.²⁰⁸

Primeiramente, há que se destacar duas interpretações possíveis acerca do dispositivo legal. O primeiro entendimento disciplina que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XII, ao se utilizar da expressão “no último caso”, se referiu apenas à possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas, e não da comunicação de dados e telegrafia.²⁰⁹ Assim, considerando que a informação contida no fax e no modem de computador é transmitida da forma de dados, reputa-se inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96.²¹⁰

Além disso, a exceção constitucional é taxativa, não incluindo a interceptação de comunicação de informática e telemática. Por se tratar de uma medida excepcional, deve o dispositivo constitucional ser interpretado de forma restritiva²¹¹.

Rebatendo esse entendimento, sustenta uma corrente que não se discute a interpretação do dispositivo constitucional, eis que a correspondência, a comunicação de dados e de telegrafia estão, de fato, assegurados pela inviolabilidade absoluta. Ocorre que a extensão do parágrafo único abrange dados em trânsito, via informática, e não dados estáticos a que se refere a Constituição.²¹²

Aqueles que defendem a constitucionalidade do artigo entendem que o legislador quis abarcar todas as formas de comunicação que tivessem como veículo o sistema de telefonia,²¹³ incluindo, inclusive, o computador no uso de modem que é feito através de telefonia²¹⁴.

²⁰⁸ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 140.

²⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11-13.

²¹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 215-224.

²¹¹ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35-36.

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47-48.

²¹³ VASCONCELOS, Op. cit. p. 35.

²¹⁴ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 113-114.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a proteção constitucional se refere à comunicação de dados, e não aos dados em si. Ou seja, a Constituição veda a intervenção de terceiro na troca de informação.²¹⁵

4.3.3 Natureza jurídica e competência para apreciação do pedido

A decisão que defere uma interceptação telefônica tem natureza cautelar,²¹⁶ na medida em que exige dois dos requisitos próprios da medida cautelar, quais sejam, o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*,²¹⁷ que serão analisados no tópico seguinte.

Trata-se de um procedimento regido pelo princípio da publicidade interna restrita, visto que sequer o investigado pode ter conhecimento da medida. Em razão disso, considerando que o contraditório não poderá ocorrer no momento da produção da prova, sustenta a doutrina que neste caso é adotado o contraditório postergado, que deverá acontecer no momento em que o procedimento for juntado aos autos principais.²¹⁸

A interceptação pode ocorrer durante a investigação criminal, ocasião em que será chamada de medida cautelar preparatória e terá natureza de decisão judicial administrativa. Caso ocorra durante a instrução processual, será uma medida cautelar incidental com natureza de decisão interlocutória.²¹⁹

De acordo com a Constituição e com a Lei 9.296/96, a interceptação necessita de ordem judicial, que deverá ser concedida pelo juiz competente para julgar e processar o processo principal. Quando a medida for requerida durante a investigação, o juiz que concedê-la será preventivo para o futuro processo.²²⁰

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 91.867/PA, da 2ª turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ 20.09.2012.

²¹⁶ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 142.

²¹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 227.

²¹⁸ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 04-05.

²¹⁹ VASCONDELOS, Ibid.

²²⁰ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 157.

Todavia, quando a medida for deferida por juiz de plantão ou por juízos especializados para análise de inquéritos, por exemplo, entende-se que a competência será declinada para o juiz do processo²²¹.

Dispõe o artigo 3º da referida lei que o pedido poderá ser requerido pela autoridade policial, pelo representante do Ministério Público e, ainda, poderá ser determinado, de ofício, pelo juiz. Conforme dispõe a própria lei, poderá a autoridade policial requer a medida durante a investigação criminal. Por outro lado, o Ministério Público pode requerer tanto durante a investigação quanto no curso da instrução processual.²²²

Embora a lei apenas determine no artigo 6º que seja dada ciência ao Ministério Público acerca do procedimento, a partir de uma leitura do texto constitucional, considerando que o Ministério Público será o titular da ação penal e tendo em vista que lhe compete fiscalizar a lei, conclui-se que a prévia oitiva do Ministério Público é indispensável²²³.

Quanto à determinação da interceptação pelo juiz, parte da doutrina sustenta que se trata de uma obrigação, e não faculdade²²⁴.

A doutrina critica a determinação *ex officio*, visto que a Constituição, ao adotar o modelo de processo acusatório, conferiu ao juiz competência para processar e julgar, e não investigar. E esse poder de determinar uma interceptação telefônica de ofício afasta o juiz da imparcialidade, o que torna o dispositivo legal inconstitucional.²²⁵

Ainda que a lei não estenda essa possibilidade à defesa, há entendimento de que em face do princípio da proporcionalidade deveria ser aceita para provar a

²²¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 218-219.

²²² GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 209.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75-76.

²²⁴ GOMES, Op. cit. p. 197.

²²⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104-106.

inocência do réu.²²⁶ Sustenta essa corrente que a omissão viola o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que restringe o direito da defesa de provar.²²⁷

4.3.4 Requisitos para a quebra de sigilo

O artigo 2º da Lei 9.296/96 estabelece as hipóteses de não cabimento da interceptação telefônica. Critica a doutrina a redação desse dispositivo, uma vez que dá margem a uma ampla interpretação. E considerando que a interceptação é uma medida excepcional, deveria o legislador ter estabelecido as hipóteses de cabimento de forma taxativa.²²⁸

Infere-se dos incisos I e II os requisitos gerais de admissibilidade da interceptação telefônica, quais sejam, o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*. O inciso I exige a presença do *fumus bonis iuris*, que diz respeito à existência de indícios razoáveis de autoria e a existência de um crime.²²⁹ Segunda a doutrina, a prova acerca da materialidade deve ser inequívoca.²³⁰

Primeiramente, não basta a suspeita de autoria, ela deve ser provável. Além disso, não pode haver uma interceptação telefônica para constatar a ocorrência ou não de um crime. A interceptação é um procedimento "pós-delitual", logo, o crime já deve ter acontecido.²³¹

Exige-se ainda o *periculum in mora* que está previsto no inciso II, e deve ser interpretado em articulação com o artigo 4º. A medida deve ser necessária, indispensável, no sentido de que os outros meios disponíveis não são suficientes para apurar a infração penal, e urgente, pois caso essa medida não seja tomada haverá risco de se perder o objeto.²³²

²²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. p. 237

²²⁷ STRECK, STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 80-81.

²²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13-14

²²⁹ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 143

²³⁰ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

²³¹ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 179.

²³² GOMES, Op. cit. p. 181

Importante destacar que a expressão "outros meios disponíveis" não se refere apenas aqueles colocados à disposição da autoridade policial, mas a todos os meios processuais existentes.²³³ Além disso, deve-se verificar no momento do pedido a existência ou não de outros meios, sendo que o surgimento de outras providências após o procedimento não tem o condão de invalidar o que já fora realizado.²³⁴ Não é necessário que haja uma investigação em curso, bastando a existência de notícias concretas sobre o crime.²³⁵

Por fim, de acordo com o inciso III do artigo 2º estão sujeitos à interceptação telefônica apenas os crimes apenados com reclusão. Considerando que o objetivo da lei era regular as hipóteses de restrição do direito à intimidade, não poderia o legislador se referir aos crimes de reclusão de forma genérica.²³⁶ Para a doutrina cada caso deve ser apreciado à luz do princípio da proporcionalidade, não bastando que a pena seja de reclusão, mas também que o caso concreto justifique a incidência de uma medida excepcional em razão de sua gravidade.²³⁷

A decisão deve estar devidamente fundamentada pelo juiz, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 5º, e, ainda, o pedido da autoridade policial ou do Ministério Público deve expor todos os motivos de fato e direito para sustentar o requerimento.²³⁸

4.4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

A finalidade da interceptação é obter uma prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, conforme delimitado pela Constituição Federal. O resultado da interceptação é a gravação da comunicação telefônica, sendo que a transcrição dessa gravação será a prova em si.²³⁹ Segundo a doutrina,

²³³ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52-53.

²³⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17.

²³⁵ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26.

²³⁶ STRECK, Op. cit. p. 138.

²³⁷ GRECO FILHO, Op. cit. p. 15-16

²³⁸ VASCONCELOS, Op. cit. p. 28.

²³⁹ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. p. 115-116.

a interceptação telefônica se trata de uma apreensão imprópria, uma vez que capta “elementos fonéticos” de uma conversa.²⁴⁰

A interceptação telefônica não engloba apenas o inquérito policial, mas também outros procedimentos que visam apurar a prática de um delito. Não é possível adotar a medida para investigação de Comissão Parlamentar de Inquérito²⁴¹. Além disso, não basta um boletim de ocorrência ou denúncias anônimas para adoção da medida.²⁴²

A partir de uma interpretação mais ampla, é possível dizer que a investigação criminal também poderia englobar diligências após o encerramento do processo, como por exemplo, para localizar fugitivos a fim de cumprir mandados de prisão. Ocorre que, enquanto a Constituição admite a interceptação telefônica para fins de investigação criminal, a Lei 9.296/96 a admite para prova em investigação criminal, restringindo ainda mais o dispositivo constitucional.²⁴³

A interceptação também pode ser adotada para fins de instrução processual penal, que se trata da fase de produção de provas. A crítica que se faz é que o advogado não tem a prerrogativa de requerer a medida, o que acaba por violar a igualdade entre as partes.²⁴⁴

4.5 ACESSO A TODO O CONTEÚDO DA INTERCEPTAÇÃO

O artigo 1º determina que a interceptação correrá sob sigredo de justiça, e o artigo 8º que a medida deverá ser autuada em apartado. O objetivo é preservar o sigilo do material colhido.²⁴⁵

É preciso destacar que esse sigilo não é absoluto. No momento da colheita da prova o sigredo é absoluto, uma vez que atinge até mesmo o investigado. Tal se justifica pelo interesse coletivo, a fim de apurar a prática de crimes, sendo que a medida seria ineficaz caso não houvesse sigilo. Depois de colhida a prova prevalece

²⁴⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDO, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 176.

²⁴¹GOMES, Op. cit. p. 117.

²⁴²CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

²⁴³CABETTE, Op. cit. p. 53-54.

²⁴⁴GOMES, Op. cit. p. 121.

²⁴⁵GOMES, Op. cit. p. 226-227.

apenas o sigilo externo, alcançando terceiros não envolvidos na causa. O objetivo é preservar a intimidade do investigado. A partir desse momento o investigado já pode ter acesso aos autos de interceptação.²⁴⁶

Os envolvidos na interceptação e seus respectivos advogados deverão tomar conhecimento da medida assim que os autos de interceptação telefônica forem apensados, oportunizando o exercício da ampla defesa e do contraditório.²⁴⁷

No caso do inquérito policial o apensamento deve ocorrer antes do relatório da autoridade policial.²⁴⁸ Quanto ao momento do apensamento durante a instrução do processo, a Lei de interceptação telefônica se refere a artigos que foram alterados e revogados. Logo, a doutrina entende que o parágrafo único do art. 8º deve ser desconsiderado, e o momento para apensar a medida cautelar durante a instrução processual deve ser anterior à sentença.²⁴⁹

Com relação aos elementos que não interessarem como prova serão inutilizados por decisão judicial, nos termos do artigo 9º da Lei 9.296/96. Embora a lei se refira apenas à inutilização de gravação, para a doutrina deve ser inutilizado tudo aquilo que não interessar. O objetivo é assegurar o sigilo das comunicações, de modo que o conteúdo daquilo que for destruído será inacessível.²⁵⁰

4.6 PRAZO

Considerando que a interceptação telefônica restringe um direito fundamental, seria indispensável um prazo máximo para sua duração.²⁵¹ De acordo com o artigo 5º da Lei 9.296/96 a interceptação telefônica pode durar até 15 dias, podendo este prazo ser renovado pelo mesmo tempo. A grande discussão envolve, portanto, o limite dessa prorrogação.

²⁴⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

²⁴⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. p. 250.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 99-100.

²⁴⁹ CABETTE, Op. cit. p. 142-143.

²⁵⁰ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997. P. 233-235.

²⁵¹ GOMES, Op. cit. p. 218.

Parte da doutrina entende que a prorrogação pode ocorrer de forma ilimitada, desde que a medida seja indispensável à investigação.²⁵² Isso porque há que se analisar a necessidade da medida, levando em consideração a proporcionalidade, e enquanto a medida se mostrar indispensável poderá ser renovada, desde que devidamente fundamentada.²⁵³

Inclusive o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que a medida pode ser prorrogada sucessivas vezes, principalmente em razão da complexidade do fato.²⁵⁴

No entanto, há entendimento de que o prazo de 15 dias apenas pode ser renovado uma única vez, totalizando o prazo máximo de 30 dias. Mesmo porque o projeto da lei de interceptações telefônicas que não limitava o prazo da medida foi rejeitado.²⁵⁵ Segundo esse posicionamento, considerando que a medida em questão restringe um direito individual não é possível interpretar o texto legal de forma extensiva naquilo que a norma não estabelece taxativamente.²⁵⁶

Sobre o tema, o Projeto de Lei nº 156/2009 aumenta o prazo para 60 (sessenta) dias, prorrogáveis pelo mesmo tempo. Em que pese o aumento do prazo, há previsão de que a interceptação deverá observar o limite máximo de 360 (trezentos e sessenta dias), exceto no caso de crime permanente, quando a medida poderá se prolongar enquanto não cessar sua permanência.²⁵⁷

4.7 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Algumas das questões não solucionadas pela Lei 9.296/96 começaram a ser discutidas pelos tribunais. Dentre elas, há que se destacar as descobertas fortuitas

²⁵² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 31.

²⁵³ GOMES, Op. cit. p. 219.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 04/03/2005.

²⁵⁵ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62

²⁵⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132

²⁵⁷ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

de novos agentes ou novos crimes ao longo de uma interceptação telefônica. Muito se discute acerca da validade ou não dessas descobertas como meio de prova.

Os Tribunais Superiores têm de posicionado pela possibilidade de utilização de elementos colhidos por meio de interceptação telefônica para apurar delito ou agente diverso daquele que ensejou a medida. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) 4. A jurisprudência consolidou o entendimento pela possibilidade da utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica judicialmente autorizada para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, de modo que não existe ilicitude na respectiva apuração.

5. O uso, contra terceiro, de interceptação telefônica produzida em outra ação penal não ocasiona inobservância às garantias do contraditório e da ampla defesa, no caso em que o acusado teve acesso aos respectivos laudos e não os impugnou especificamente.

(...) 7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1174858/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)²⁵⁸

Caso a descoberta fortuita diga respeito a um novo crime entende-se que tal prova será válida desde que haja conexão entre o novo crime e aquele que já era objeto da interceptação que foi devidamente autorizada. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal mencionou a possibilidade de que esse novo crime seja apenado com detenção que, de acordo com a lei, não está sujeito à interceptação:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1174858/SP, Sexta Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz, DJ 10/03/2016.

da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010)²⁵⁹

Caso se pretenda interceptar o interlocutor que não estava sendo investigado necessária decisão autorizando a interceptação desse terceiro. Sobre a descoberta ao acaso de novos agentes oportuno destacar o informativo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça nº 0541, segundo o qual essa prova pode até mesmo ser utilizada em desfavor do advogado do investigado:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA EM DESFAVOR DE INTERLOCUTOR NÃO INVESTIGADO. As comunicações telefônicas do investigado legalmente interceptadas podem ser utilizadas para formação de prova em desfavor do outro interlocutor, ainda que este seja advogado do investigado.”²⁶⁰

Registre-se que, em caso de crimes conexos, a competência será do Juízo onde se iniciaram as investigações. Neste sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no caso “Lava-jato”, em que foram descobertos diversos crimes e agentes, entendendo que competia ao Juízo da 13ª Vara Federal o julgamento de todos os processos conexos ao feito originário, ainda que visassem apurar crime estadual, nos termos da Súmula 122 do STJ.²⁶¹

Em se tratando o novo agente de autoridade com prerrogativa de foro há que se encaminhar as peças ao Juízo competente. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal entende que não cabe ao Juízo originário determinar o desmembramento do feito e remetê-lo ao Tribunal competente para apuração do delito, sob pena de

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 626214, Segunda Turma. Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ 21/09/2010.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 0541/STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0541>. Acesso em: 10.09.2016.

²⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 51.052, decisão monocrática, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 04.10.2016.

usurpar sua competência.²⁶² Veja-se o informativo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça n.º 0575:

“Durante interceptação telefônica deferida em primeiro grau de jurisdição, a captação fortuita de diálogos mantidos por autoridade com prerrogativa de foro não impõe, por si só, a remessa imediata dos autos ao Tribunal competente para processar e julgar a referida autoridade, sem que antes se avalie a idoneidade e a suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática de crime.(...)”²⁶³

O Projeto de Lei nº 156/2009 dispõe que se no curso da interceptação telefônica surgirem indícios da prática de outro delito, que não tenha conexão com aquele que está sendo investigado, deverão as peças ser encaminhadas ao Ministério Público para as providências cabíveis.²⁶⁴

Conclui-se, então, que a descoberta fortuita da prática de outros crimes ou do envolvimento de outros agentes exige autorização para dar continuidade às interceptações telefônicas, observadas as regras de competência. Em não havendo conexão as peças necessárias deverão ser encaminhadas ao Juízo competente.

²⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal 871, da Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 30.10.2014

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 575/STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0575>. Acesso em: 10.09.2016.

²⁶⁴ AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

5 CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa foi possível analisar os limites da interceptação telefônica frente à Constituição Federal e à Lei. A Constituição Federal, ao estabelecer a inviolabilidade das comunicações telefônicas em seu art. 5º, inciso XII, pretendeu assegurar o direito à intimidade. Entretanto, considerando que nenhum direito é absoluto, a própria Constituição previu a possibilidade de restringir tal direito em determinadas situações. Essa relativização do direito à intimidade se justifica pela tutela dos interesses da coletividade.

Mas ainda que no processo penal vigore o princípio da liberdade probatória, por tratar-se de uma medida excepcional, e tendo em vista que a interceptação atinge direitos individuais, era preciso estabelecer limites à quebra de sigilo. Para tanto, foram analisadas as hipóteses de cabimento e o procedimento da medida.

De acordo com a Constituição Federal a interceptação só pode ser utilizada para fins de investigação criminal e instrução processual penal, nas hipóteses e na forma prevista em lei. Ocorre que na época vigia apenas o Código Brasileiro de Telecomunicações que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não supria as exigências constitucionais. Então, em 1996 é promulgada a Lei 9.296 de 1996 que regulamenta este meio de prova.

Conforme analisado ao longo da pesquisa, nota-se que a Lei de Interceptações Telefônicas é alvo de críticas, uma vez que a redação de alguns dispositivos dá margem a uma interpretação dúbia. E considerando que a medida restringe um direito fundamental, deve a lei ser interpretada de forma restritiva.

A interceptação telefônica como um meio de prova almeja reconstruir os fatos para alcançar a verdade, discussão esta que foi abordada ao longo do primeiro capítulo.

A partir do presente estudo foi possível verificar que a interceptação telefônica provoca uma colisão de direitos, já que procura tutelar ao mesmo tempo a intimidade e o direito à prova em face da defesa social. Por essa razão, no momento de admitir uma interceptação é preciso observar os requisitos exigidos pela lei, sob pena de suprimir o direito à intimidade e constituir uma prova ilegal.

Ao longo do segundo capítulo foram analisadas as provas ilícitas e ilegítimas, sendo que estas violam norma de direito processual, enquanto que aquelas normas

de direito material e constitucional. Uma interceptação que não observar as condições estabelecidas pela lei estará violando principalmente a Constituição Federal, segundo a qual tal medida ocorra nas hipóteses e na forma prevista em lei, razão pela qual será considerada ilícita.

Apesar das discussões acerca da admissibilidade da prova ilícita, segundo o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal a prova ilícita é inadmissível. No entanto, prevalece o entendimento de que a prova ilícita pode ser admitida a favor do réu. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela admissibilidade das provas ilícitas em casos excepcionais invocando o princípio da proporcionalidade.

Analisou-se, ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual as provas subsequentes àquela considerada ilícita devem também ser rejeitadas.

Outro ponto analisado na presente pesquisa foi a prova emprestada. Embora a interceptação telefônica só possa ocorrer para fins de investigação criminal e instrução processual penal, verificou-se que há entendimento no sentido de que a prova obtida através de uma interceptação pode ser transferida para um processo de outra esfera.

Conclui-se, então, que a interceptação telefônica restringe um direito fundamental, razão pela qual deve sempre estar em consonância com a Lei e a Constituição Federal, sob pena de constituir uma prova ilícita.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal : parte especial**, volume 2 . 2. ed. ver. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6 ed. atualizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro**. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000. v. II.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo. Editoria Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Magno Frederico. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, 2004. v. 30.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. n. 1. Brasília: CEJ, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. v. II.

LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado & a prova penal**. Curitiba: Juruá, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. v. II. Campinas Millennium, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas Bookseller, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 4.ed. Rev. e amp. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. ver. ampl e atual. Editora Lumen Juris.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2010.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal II**. 2. ed. rev. e atual. Editorial Verbo, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo, v. 3, Saraiva, 1978.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo, v. 4, Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. Volume 1. 10. Ed. Ver. E atual. São Paulo : Saraiva, 2007.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Processo penal completo: doutrina, formulários, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.660, da 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 06/04/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 63.834, da 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 05.06.1987.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 69.912, do Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.11.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 91.867/PA, da 2ª turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ 20.09.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 04/03/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 212.643/PE, da 6ª turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJ 23.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 6.489/SP, da 6ª turma, Relator: Willian Patterson, DJ 23.03.198.

AMAPÁ. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 2009. Reforma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>.