

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
Rua do Príncipe, 526 – Boa Vista – CEP 50505 – 900 – Recife, PE
Fone: (81) 21194000

FERNANDA MOURA DE CARVALHO

**A INUSITADA DESCOBERTA: O valor probatório do *encontro fortuito* nas
interceptações das comunicações telefônicas**

Recife
2007

Fernanda Moura de Carvalho

**A INUSITADA DESCOBERTA: O valor probatório do *encontro fortuito* nas
interceptações das comunicações telefônicas**

Dissertação apresentada como um dos requisitos
para obtenção do grau de mestre no Curso de
Mestrado em Direito Processual da Universidade
Católica de Pernambuco – UNICAP

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira

Recife

2007

C331i

Carvalho, Fernanda Moura de

A inusitada descoberta: o valor probatório do encontro fortuito nas interceptações das comunicações telefônicas / Fernanda Moura de Carvalho ; orientador Roberto Wanderley Nogueira, 2007.

117 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2007.

1. Interceptação telefônica. 2. Processo penal. 3. Proporcionalidade (Direito). 4. Direito constitucional-Brasil. I. Título.

CDU 343

FERNANDA MOURA DE CARVALHO

**A INUSITADA DESCOBERTA: O valor probatório do *encontro fortuito* nas
interceptações das comunicações telefônicas**

Dissertação apresentada como um dos requisitos
para obtenção do grau de mestre no Curso de
Mestrado em Direito Processual da Universidade
Católica de Pernambuco – UNICAP

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira (Orientador – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)

Profª Drª Anamaria Campos Torres (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Prof. Dr. Manoel Severo Neto (Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)

DATA DE APROVAÇÃO: _____

A Pedro

RESUMO

O art. 5º da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei nº 9296/96. A Lei, contudo, não contemplou a hipótese do *encontro fortuito* em interceptações telefônicas que é bastante ocorrente, sobretudo em razão da complexidade da criminalidade e do avanço da tecnologia da informação. Tramita em processo legislativo, anteprojeto de reforma da Lei acima citada. Neste, há a previsão de descobertas inusitadas, entretanto, apenas nas hipóteses que a doutrina convencionou chamar de conhecimentos de investigação. A Lei que poderá vingar silencia, novamente, quanto à hipótese do *encontro fortuito* propriamente dito. A partir da análise do direito constitucional ao sigilo, do princípio da proporcionalidade como alternativa à solução de conflitos de direitos fundamentais, da prova em processo penal, será apresentado o conceito do *encontro fortuito* e as possíveis conseqüências jurídicas de sua aplicação na efetivação do processo como prova lícita. O método será dogmático-prospectivo na perspectiva de análise da doutrina nacional e estrangeira bem como da jurisprudência nacional. A dissertação propõe compreensão de *lege lata* para adequar a legislação brasileira, adotando, contudo, também como referencial Anteprojeto de Lei de iniciativa do Ministério da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação Telefônica – Processo Penal Constitucional – *Encontro Fortuito*

ABSTRACT

Art. 5º of the Federal Constitution was regulated by the Law nº 9296/96. The Law, however, over all did not contemplate the hypothesis of the *fortuitous meeting* in telephonic interceptions that are sufficient ocurrente, in reason of the complexity of crime and the advance of the technology of the information. It moves in legislative process, first draft of reform of the Law above cited. In this, it has the forecast of unusual discoveries In this, it has the forecast of unusual discoveries, however only in the hypotheses that the doctrine stipulated to call inquiry knowledge. The Law that will be able to avenge silences, again, how much to the hypothesis of the *fortuitous meeting* properly said. From the analysis of the constitucional law to the secrecy, of the principle of the proportionality as alternative to the solution of conflicts of basic rights, of the test in criminal proceeding, it will be presented the concept of the *fortuitous meeting* and the possible legal consequences of its application in the efetivação of the process as allowed test. The method will be dogmatic-prospective in the perspective of analysis of the national and foreign doctrine as well as of the national jurisprudence. The monograph considers understanding of lege lata can to adjust the Brazilian legislation, adopting, however, also as referencial Draft bill of initiative of the Ministry of Justice

KEYS WORDS: Telephonic interception - Constitutional Criminal proceeding - *Fortuitous Meeting*

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| CAPÍTULO 1: INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL..... | |
| 12 | |
| 1.1 Desenvolvimento do sigilo ao longo dos textos constitucionais brasileiros..... | 16 |
| 1.2 O art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1998 | 18 |
| CAPÍTULO 2: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | |
| 2.1 Origem, evolução histórica e definição do princípio da proporcionalidade | 25 |
| 2.2 A significação especial do princípio da proporcionalidade..... | 29 |
| 2.3 Base constitucional do princípio da proporcionalidade | 31 |
| 2.4 Proporcionalidade e processo penal | 34 |
| 2.5 Proporcionalidade e razoabilidade: distinção essencial..... | 37 |
| CAPÍTULO 3: DA PROVA NO PROCESSO PENAL | |
| 3.1 Prova e verdade no processo penal | 40 |
| 3.2 Tipologia das provas no processo penal: a lógica de Malatesta | 43 |
| 3.3 A Prova indiciária | 47 |
| 3.4 A prova ilícita | 53 |
| CAPÍTULO 4: A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS | |
| 4.1 Interceptação: Considerações gerais | 63 |
| 4.2 O juiz competente | 65 |
| 4.3 Decretação de ofício ou a requerimento | 69 |
| 4.4 O <i>fumus boni iuris</i> e o <i>periculum in mora</i> | 72 |
| 4.5 Hipóteses legais de vedação à interceptação telefônica | 76 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 5: O <i>ENCONTRO FORTUITO</i> | |
| 5.1 A inusitada descoberta: encontro fortuito e conhecimento de investigação..... | 82 |
| 5.2 O <i>encontro fortuito</i> e a jurisprudência Alemã | 86 |
| 5.3 O <i>encontro fortuito</i> e o direito brasileiro | 89 |
| 5.3.1 As diversas manifestações doutrinárias | 90 |
| 5.3.2 Os entendimentos jurisprudenciais | 92 |
| 5.4 O <i>encontro fortuito</i> com valor probatório: hipóteses de admissibilidade | 97 |
| | |
| CONCLUSÕES | 103 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 105 |
| | |
| ANEXO | 114 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico analisa o *encontro fortuito* na hipótese de sua ocorrência em interceptação de comunicações telefônicas, aqui estendendo às comunicações informáticas e telemáticas. *Encontro fortuito* é a descoberta inopinada, inesperada. É o que toma de surpresa, o inusitado. Transportando-o para o âmbito do direito processual penal, pode-se afirmar que o *encontro fortuito* é uma descoberta casual, inesperada, da qual, originariamente, não se tinha por objetivo perquirir nada acerca de um determinado fato criminoso. É fortuito porquanto não houve nenhum movimento dirigido de atuação do sistema judicial para a apreensão daquele fato novo, criminoso. Foi descoberto casualmente, enquanto em cumprimento de outra diligência, esta, sim, previamente regulada e em que foram obedecidos os trâmites legais.

O *encontro fortuito* somente poderá ocorrer dentro do âmbito de uma diligência determinada por ordem judicial. Este, portanto, é o limite primeiro de validade daquela descoberta, que vem acrescida de outros pressupostos adiante expostos. Ver-se-á que o *encontro fortuito* em interceptação telefônica em muito se assemelha ao cumprimento de um dado mandado de busca e apreensão para instruir certo inquérito ou processo judicial para apreender a arma instrumento de um crime de homicídio, cuja apuração esteja ocorrendo por parte da autoridade policial ou cujo feito já tramite como processo criminal, e, neste, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão domiciliar, poder-se-á, eventualmente, lograr descobrir a prática de um fato criminoso, a exemplo, ter em depósito substância entorpecente de uso proibido. Será, esta descoberta, invalidada pela nulidade do flagrante? Como se resolve a problemática da validade ou não, para fins de aproveitamento enquanto prova judicial, desta descoberta?

Quanto ao *encontro fortuito* ocorrente na hipótese específica deste trabalho monográfico, tem-se a interceptação de comunicações telefônicas determinada pela autoridade judicial, obedecidos os trâmites legais para apurar delito de homicídio ocorrido, e, no curso da interceptação telefônica, se logra descobrir a prática de um crime de roubo. De que forma será valorada aquela descoberta inusitada? Será tida como prova ilícita e assim deverá ser expurgada do processo? Ou, ao contrário, será reconhecida como prova do fato criminoso descoberto aleatoriamente, considerando-se o princípio da proporcionalidade¹?

¹ Ou Princípio da Proibição de Excesso. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 382.

Estas são as questões para as quais serão apresentadas soluções. Para tanto, inicialmente, tratar-se-á da evolução do direito ao sigilo, em especial quanto à sua abordagem no âmbito de todas as Constituições brasileiras, alcançando, por fim, a disposição atual do art. 5º, XII.

No segundo momento do trabalho monográfico, será dissecado o princípio da proporcionalidade, tomando-o, especificamente, como princípio de interpretação, e, como refere Gustavo F. Santos², ponderação casuística de colisão de direitos fundamentais.

O direito processual penal vigente no Brasil é, hoje, sobretudo, do tipo constitucional. Assim ocorre com todo o processo, quer civil, penal, administrativo, tributário etc. Não se pode deixar de ter em conta a necessidade de perfeita harmonia entre os preceitos constitucionais, em especial direitos e garantias fundamentais, e o processo penal. Deve haver a perfeita adequação entre o processo penal e ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, por exemplo. Ou seja, o processo penal de hoje não admite outra feição senão de um processo comprometido com tais direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais têm que estar, necessariamente, inscritos na ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito e, à sua concretização, pressupõe o envolvimento de toda engrenagem do Estado³.

Contudo, devemos cogitar como possível a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais. A condição de fundamentais não lhes dá a conotação de absolutos, mas, ao contrário, porque todos são garantias e direitos fundamentais podem ser relativizados. E isto ocorre diante da colisão entre os mesmos se tomando, como sempre, o caso concreto.

Na perspectiva de relatividade dos direitos fundamentais, observa-se que sofrem limitações ao seu exercício e asseguração pelo Estado.

² SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da PROPORCIONALIDADE na Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Limites e Possibilidades.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2004.

³ HESSE, referindo a P. HÄRBELE, afirma que “de todo, direitos fundamentais não são, “naturalmente”, isto é, pré-juridicamente e pré-estatalmente assegurados, senão só lá onde eles fazem parte da ordem jurídica positiva estatal. Sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um *status* concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade, e sem a conexão com as partes restantes da ordem constitucional, eles não poderiam tornar-se reais: primeiro na instalação na ordem total democrática e estatal-jurídica, constituída pela Constituição, e como seu elemento essencial, não como *status* “natural”, pode o *status* do particular, garantido pelos direitos fundamentais, ganhar configuração e realidade. (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*)**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 282). Ainda, Edmilson Farias, afirma que os direitos fundamentais se referem à positivação no âmbito constitucional dos direitos humanos proclamados em documentos internacionais (FARIAS, Edmilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e proteção constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26).

Robert Alexy, tratando da distinção entre regras e princípios, pontua que os princípios são “mandados de otimização”, e, assim, ele admite os seus cumprimentos em maior ou menor grau, condicionando-lhe, desta forma, às possibilidades reais e jurídicas. Afirma também que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos⁴. Assim, diante da colisão entre princípios, afirma a possibilidade de solução de conflito de princípios de forma circunstanciada, isto é, enquanto regras em conflito, diz respeito à validade de cada uma, e, quanto aos princípios, quando em colisão, porque não se pode afirmar princípios inválidos, a controvérsia tem lugar quando se trata do peso de cada princípio em questão; isto é, os princípios não se declaram válidos ou inválidos, mas, casuisticamente, mais valiosos ou menos valiosos, em determinado contexto de conflito⁵. Na verdade, como bem refere Alexy, não se trata sequer de colisão, mas, propriamente, de conflito ou de zona de colisão⁶.

Diante de uma zona de colisão de princípios de cunho constitucional, instalado o conflito, resolve-se pela proporcionalidade, ou seja, pela ponderação de qual dos princípios em jogo vale mais (carga jurídica).

Revelada a idéia da proporcionalidade no capítulo 2, será estudada, no item seguinte, a dogmática da interceptação das comunicações telefônicas em nosso sistema jurídico hodierno, analisando os principais aspectos procedimentais da Lei nº 9296/96. Em continuação, serão abordados aspectos mais relevantes do instituto interceptação das comunicações telefônicas. Neste aspecto, o estudo será estritamente dogmático. Desta forma, será objeto de análise a competência para decretação da medida judicial, a possibilidade de decretação de ofício, os pressupostos específicos à decretação da medida extrema, e, por fim, a sua natureza de medida cautelar, não prescindindo, portanto, dos pressupostos específicos desta medida, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Em continuidade, será analisada a prova, especificamente a produzida no âmbito do processo penal. Neste capítulo, será focado o âmbito de produção e alcance da prova na perspectiva da máxima da “busca da verdade real”. Será enfrentada também a questão da prova ilícita, identificando a sua natureza e admissibilidade no processo penal.

Adentrar-se-á no tema propriamente dito, no capítulo 5, o tema do *encontro fortuito*. Inicialmente, virá a definição do *encontro fortuito*, tomando como paradigmas a doutrina nacional e a estrangeira. Será pontuado como vem tratando o tema o Tribunal Constitucional

⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

⁵ *Idem*, p. 88-89.

⁶ *Ibidem*, p. 91.

Alemão, bem assim os tribunais pátrios. Ao fim, serão evidenciadas as hipóteses em que é possível, valendo-se da proporcionalidade, alcançar aproveitar o *encontro fortuito* oriundo de interceptação de comunicação telefônica, como prova efetiva.

O método utilizado na presente dissertação será o método dogmático. Isto é, partindo-se da constatação inarredável de que vige um Estado Democrático de Direito, que tem como pano de fundo o princípio fundante da dignidade da pessoa humana, respaldado nos demais direitos e garantias fundamentais, demonstrar-se-á, com a relatividade destes direitos e garantias, que terá lugar a medida excepcional da interceptação das comunicações telefônicas, enquanto *encontro fortuito* e a sua valoração como prova lícita, tudo na perspectiva da Constituição Federal e seus princípios regentes.

A técnica de coleta de dados e informações será predominantemente bibliográfica, nacional e estrangeira, bem como o cotejo com o entendimento acerca da matéria que vêm manifestando os tribunais, sobretudo os nacionais.

CAPÍTULO 1: INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A origem histórica da proteção à intimidade remonta ao medievo quando do rompimento com o sistema feudal, com a sociedade burguesa reivindicando o direito ao isolamento que até então era prerrogativa de uma casta de nobres. Apesar de haver sido assegurado o direito à intimidade, - podendo-se atingir com esta terminologia também a privacidade -, quando da Revolução Francesa não era próprio a todo e qualquer cidadão. A burguesia a queria para seu deleite exclusivo. O isolamento, decorrência da valorização do direito à intimidade, seria prerrogativa dos burgueses⁷. Remonta, então, enquanto direito fundamental, à primeira geração de direitos.

Pérez Luño associa a valorização da intimidade à evolução das relações sociais, com a delimitação do espaço privado, distinguindo-a do local onde se exercia a atividade laborativa. Assim, pontua que a intimidade era uma aspiração da burguesia de ascender ao que antes havia sido privilégio de uns poucos; aspiração que vem potenciada pelas novas condições de vida. Argumenta que a idéia de intimidade está diretamente ligada à classe social que a reclama e, via de conseqüência, ao direito de propriedade. Tal explica o caráter marcadamente individualista da idéia burguesa de intimidade, pois esta se concretiza na reivindicação de umas faculdades destinadas a salvaguardar um determinado espaço com caráter exclusivo e excludente⁸. Com o avançar da sociedade, a complexidade das relações sociais, com a constitucionalização do direito à intimidade, passou a ser de interesse não mais individual, mas, sim, da sociedade, do homem enquanto pertencente a um grupo social, membro de uma coletividade.

Não se pode olvidar que a noção de intimidade está diretamente ligada à idéia de privacidade⁹. Pode-se tomar o termo privacidade como sinônimo de intimidade, vida privada,

⁷ “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Art. 10. Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. IV Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155).

⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003, p.321-322.

⁹ Para Walber Agra, a expressão “Direito de Privacidade” é uma expressão norte-americana que não foi adotada pelo nosso legislador constituinte, que preferiu referir à intimidade, vida privada e honra, nomenclatura com a qual se referiu aos direitos morais dos cidadãos. (AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 165).

como adiante se referirá. O termo empregado constitui opção, ou melhor, tradição de determinadas legislações, doutrinas. A Constituição Portuguesa dispõe, no art. 26º, que:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (grifou-se).

A intimidade é o âmbito particular de cada ser humano em cujo local físico ou psicológico não é permitido intromissão de quem quer seja sem o consentimento do mesmo. Tal garantia deve ser defendida pelo Estado sendo, inclusive, limitador da atuação do próprio Estado, que somente em casos excepcionais pode quebrá-la, e, ainda assim, nos limites os mais restritos, apenas para caracterizar, evidenciar situação de extrema gravidade.

É interessante referir à doutrina germânica de delimitação do conceito de intimidade bem traduzida por Pérez Luño que afirma que a intimidade pode ser vista sob três aspectos: o que corresponde à esfera do secreto e se viola quando se leva ao conhecimento fatos ou notícias que devam permanecer ignoradas, ou quando se comunicam tais fatos ou notícias (*Intimsphäre*); o que diz respeito especificamente à intimidade e protege o âmbito da vida pessoal e familiar que se deseja manter a salvo da ingerência alheia e/ou da publicidade (*Privatsphäre*); e a (*Individualsphäre*) que se refere a tudo aquilo que é atinente à peculiaridade ou individualidade da pessoa (a honra, o nome, a imagem...) ¹⁰.

Vittorio Frosini reconhece a vida privada como sendo o retiro voluntário e temporal de uma pessoa que se isola da sociedade, por meios físicos ou psicológicos, para buscar a solidão ou estabelecer uma situação de anonimato ou de reserva. O autor concebe quatro modalidades de isolamento: a solidão, a impossibilidade física de contatos materiais; a intimidade, onde o indivíduo está isolado ou em grupos pequenos, relações especiais como a conjugal ou familiar; o anonimato, quando o indivíduo, mesmo em contato com diversas pessoas, mantém seu espaço para manifestações individuais; e, a reserva, onde se cria, pelo indivíduo, uma barreira psicológica para evitar intrusões indesejadas ¹¹.

Paulo José da Costa Jr. fala em dois tipos de intimidade, a exterior e a interior. A intimidade exterior é a que deve ser assegurada ao homem abstraindo-se, ele, da multidão que o cerca. E a intimidade interior é a que o homem gozará separando-se, material e

¹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *op. cit.*, p. 328.

¹¹ FROSINI, Vittorio *apud* LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *op. cit.*, p. 328

especialmente, dos que os cercam. A intimidade exterior é, portanto, de ordem psíquica, e a interior é de ordem material¹².

A doutrina norte-americana prefere a utilização do termo *privacy* e, neste sentido, Pérez Luño colaciona na obra já referida elucidativo pronunciamento de John H. Shattuck para quem a privacidade alcança quatro áreas: *Freedom from unreasonable search*, segurança quanto a qualquer tipo de intromissão indevida na esfera da vida privada; *Privacy of association and belief*, garantia da liberdade de associação; *Privacy e autonomy*, que seria a tutela da liberdade de eleição sem interferências na vontade; e, *Information control*, possibilidade de controlar as informações que lhes digam respeito¹³.

A nossa doutrina prefere a utilização da terminologia intimidade, igualmente a ordenamentos como o Espanhol e o Português, este já referido retro. Não se tem a tradição norte-americana do termo privacidade, e, sim, de respeito à intimidade e vida privada.

Na exata medida da complexificação das relações sociais, surge a preocupação com o assegurar o respeito à intimidade nas suas diversas formas de manifestação. O direito de estar sozinho, isolado especialmente do convívio, pressupõe o direito de propriedade. O direito de emitir opiniões e dispor da própria imagem está diretamente ligado à proteção do direito de imagem e da livre associação. O direito ao sigilo de informações, manifestações e idéias também pressupõe mecanismos de controle estatal. É preciso que seja assegurado não somente o sigilo, mas, sim, a modificação de tal condição apenas determinada pelo indivíduo especificamente, ou seja, a segurança de que a ele cabe o controle da circulação de tais informações.

Tais preocupações têm sido constantes, sobretudo nos países em que o avanço tecnológico se evidencia e têm perfis de Estados Democráticos de Direito. No Brasil, certamente para dar um enfoque maior aos cidadãos ressaltando a perspectiva social e, conseqüentemente, o perfil de Estado Democrático de Direito, o legislador constitucional optou por inscrever logo no art. 5º os direitos e garantias fundamentais, antepondo-os, na ordem de apresentação do texto constitucional, à própria organização do Estado, como assim ocorria nas outras cartas constitucionais. Lá fez constar a garantia à intimidade enquanto direito fundamental.

A colocação nos primeiros artigos, como Título I, dos direitos e garantias fundamentais em nossa Constituição denota, aproveitando lição de J. J. Gomes Canotilho, que

¹² COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só - Tutela Penal da Intimidade**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12-13.

¹³ SHATTUCK, J.H.F. *apud* LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *op. cit.*, p. 329.

a nossa Carta trouxe uma fundamentalidade formal e também material, esta no sentido de que o conteúdo de tais direitos é elemento constitutivo das estruturas primárias do Estado e da sociedade¹⁴.

Além das liberdades públicas, estas concernentes às garantias asseguradas aos cidadãos frente ao Estado, frutos da Revolução de 1789, típicas do liberalismo, consignam-se também os outros direitos fundamentais, os direitos sociais. Via-se, neste momento, e, sobretudo antes a II Grande Guerra, uma coletivização dos direitos, abstraindo-se o perfil liberal de garantia dos indivíduos apenas, sem a preocupação de interesses de natureza coletiva. Era também o Estado assegurando a sociedade, viabilizando a sua própria emancipação. Paulo Bonavides afirmou:

Os novos direitos não só reabilitavam o Estado, senão que emergiam por únicos capazes de emancipar a Sociedade. Proclamando a dimensão social do Homem como o valor mais alto, ao redor deles lavrava o mesmo fervor com que anteriormente se vira afirmar o princípio individualista do reconhecimento da anterioridade e superioridade do Homem sobre o Estado, conforme se inferia dos chamados direitos da liberdade pertencentes à categoria clássica dos direitos fundamentais.¹⁵

No inciso XII, do art. 5º, vem consignada a garantia da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas¹⁶. O sigilo das comunicações telefônicas e das correspondências é uma das manifestações do direito fundamental à intimidade, consagrado constitucionalmente, ao lado da vida privada, honra e imagem das pessoas. Portanto, constitui uma garantia fundamental, ou seja, visa a assegurar o direito à liberdade de pensamento, de comunicação, de intimidade. Atualmente, a inviolabilidade das comunicações somente pode ser violada por ordem judicial e atendendo-se à regulamentação prevista na Lei nº 9296/96.

Evidenciar-se-á como tem se desenvolvido o tema intimidade, na perspectiva do direito ao sigilo das comunicações, em nosso ordenamento jurídico-constitucional a partir da primeira constituição brasileira, a imperial. Seguindo-se, será analisado como está posta a

¹⁴ O autor coloca como categorias dos direitos fundamentais a constitucionalização e a fundamentalização, tomando aquela como a “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (STOURZH). E, esta, trazendo em socorro a terminologia usada por Alexy, “fundamentalidade”, sendo a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. (CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, p. 498-499).

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

¹⁶ Vêm entendendo, a doutrina e a jurisprudência, de que a única exceção ao sigilo constitucionalmente assegurado diz respeito às comunicações telefônicas.

questão no ordenamento constitucional vigente, constando-se que, como afirmou Paulo Bonavides:

O século XVIII declarou os direitos fundamentais; o século XIX introduziu esses direitos nas Constituições em bases pragmáticas e o século XX, ao mesmo passo que os ampliou, os fez concretizáveis, normativos, justiciáveis, e, portanto, eficazes¹⁷.

1.1 Desenvolvimento do sigilo ao longo dos textos constitucionais brasileiros

Paulo José da Costa Jr. afirma que a proteção da vida privada foi acolhida no âmbito judicial pela primeira vez em França, em 1858. Entretanto, o autor, assim como é de reconhecimento geral, admite também que foi no seio da sociedade norte-americana que surgiu a preocupação com a intimidade e o respeito à vida privada¹⁸. A partir da América do Norte, portanto, expandiu-se para o mundo.

A inviolabilidade de sigilo das comunicações veio a ser objeto de consideração/preocupação diante da evolução dos meios de comunicação, sobretudo o incremento do sistema de telefonia, e, a partir do século passado, também da *Internet*, esta que agrega milhões de pessoas num único espaço virtual, onde se travam relações de todas as ordens. Fábio Konder Comparato faz, inclusive, alusão à necessidade de se criar um organismo internacional para se sobrepor a esta forma de comunicação, referindo-se à *Internet*, que traduz como uma manifestação de imperialismo. Reclama a criação de um organismo supranacional para evitar que a intimidade, o direito à privacidade, se torne ficção¹⁹.

Nem sempre o direito à intimidade, na perspectiva de preservação do sigilo das comunicações de dados e das telefônicas, foi objeto de relativização como assim o é atualmente. A Constituição Federal em vigor admite excepcionar tal sigilo nos moldes como já referido acima, ou seja, mediante ordem judicial e para fins de apuração de crimes, consoante a Lei que regulamentou o art. 5º, inciso XII, a Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 178.

¹⁸ COSTA JR. Paulo José da, *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁹ Comparato faz referência à utilização das interceptações telefônicas nos Estados Unidos da América até por empresas privadas e, quanto ao Governo Americano, afirma que, com a criação da rede *Intelink*, em 1994, o Governo processa mais que 95% das comunicações que se fazem nos países, por meio do telefone, do fax e das transmissões eletrônicas de modo geral. (COMPARATO, Fábio Konder, *op.cit.* 308-309).

Em retrospecto de como o nosso ordenamento constitucional vem tratando a matéria, a Constituição Imperial de 1824 vedava qualquer tipo de violação de correspondência. Obviamente, ante o baixo nível de evolução tecnológica àquela época, não havia outro meio de comunicação senão o epistolar e somente deste o texto constitucional tratou. Naquele texto se fez constar que seria inviolável o segredo das cartas sendo a administração do Correio rigorosamente responsável por qualquer violação a tal vedação constitucional.

Este tratamento também se repetiu com a Constituição Republicana de 1891, assegurando, em seu texto, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, omitindo-se quanto à responsabilidade da administração do Correio. Esta garantia também foi repetida no texto da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que alterou o art. 72, que cuidava das declarações de direitos. Foi também a partir desta Constituição que tivemos a possibilidade de decretação pelo Presidente da República do Estado de Sítio, ocasião em que admitia, excepcionalmente, a supressão de direitos e, assim, admitia-se excepcionar o sigilo das correspondências.

Quanto à Constituição de 1934, tinha-se também a preservação do sigilo das correspondências como direito e garantia individual sendo assegurado no art.113, 8. Nesta Carta se faziam as ressalvas à preservação do sigilo de correspondência na hipótese de decretação do Estado de Sítio, igualmente à Constituição que antecedeu. Havia a previsão de decretação do Estado de Sítio que era de competência exclusiva do Poder Legislativo (art. 40, j), apesar de prever hipótese especial de decretação pelo Presidente da República que, diante da hipótese de a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não estarem reunidos, poder decretá-lo, ouvido previamente, e obtendo a anuência da Seção Permanente do Senado Federal (art. 56, 13).

A Constituição do Brasil de 1937, igualmente às demais, trouxe explicitada a garantia de inviolabilidade de correspondência, condicionando, entretanto, sua exceção à disposição expressa de lei (art. 122, 6). No capítulo que tratou da Defesa do Estado, devolveu ao Presidente da República a possibilidade de decretação dos Estados de Emergência e de Guerra, hipóteses em que previu a possibilidade de suspensão do sigilo da correspondência (arts. 166 e 168, b).

Quanto ao texto constitucional de 1967, apesar de não fazer referência à possibilidade de se excepcionar o sigilo das correspondências e comunicações telefônicas e telegráficas, estava em vigor o Código de Brasileiro de Telecomunicações que, no art. 57, previa a hipótese de quebra de sigilo das telecomunicações desde que por requisição ou intimação judicial, porquanto previa que não constituiria crime quebra de sigilo das telecomunicações ou

de dados para atender a determinação judicial. A constitucionalidade de tal dispositivo, apesar de haver suscitado divergências doutrinárias e jurisprudenciais, foi acolhida pelos tribunais pátrios. Seguindo-se o curso das Constituições brasileiras, ressurgiu a possibilidade excepcional novamente inscrita no texto da Constituição hoje vigente e que será objeto de análise no item seguinte.

1.2 O art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988

O dispositivo constitucional vigente prevê que:

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

A nova Constituição inovou com a inclusão do sigilo de dados. Obviamente, com o avanço da tecnologia que trouxe a reboque também o avanço dos meios de comunicação, fez-se necessário também consignar expressamente a inviolabilidade dados. A tecnologia traz consigo amplos benefícios à humanidade. Deve-se, entretanto, acautelar para que em troca desses benefícios não se transija com a intimidade, com a privacidade, com a individualidade dos seres humanos, levando a sociedade a se constituir em um corpo homogêneo de idéias, convicções, sensações.

Antigamente, tinha-se a sociedade dotada de muito menos imbricações. A vida social era, de fato, mais simples. Era possível ao cidadão preservar a sua intimidade, ele próprio, sendo bastante se exilar do convívio social que reputasse inconveniente. Sua individualidade era preservada sem necessidade, inclusive, de maiores incrementos. Modernamente, tem-se que a evolução tecnológica invade a vida dos indivíduos, põem-nos em grupos econômica e socialmente interessantes, agrupados ao sabor dos que detêm o poder de manipular. Entretanto, não é possível conceber o desenvolvimento, a continuidade do Estado Democrático de Direito com o implemento de suas políticas e toda a sua atividade sem que o mesmo disponha de cadastros de dados completos e o mais abrangentes possível. Não é possível também hoje, na pós-modernidade, retroceder na tecnologia alcançada quanto às telecomunicações em geral. A própria terminologia pós-modernidade, pode-se dizer, está

diretamente relacionada à quebra de limites de comunicação e interação entre os povos, à globalização em todos os níveis. Contudo, é necessário compatibilizar os avanços tecnológicos com a segurança de preservação da intimidade.

Entretanto, a preocupação com o avanço da tecnologia assombra, sobretudo, as sociedades da pós-modernidade. Quando do início do desenvolvimento científico e tecnológico da humanidade, a cada descoberta eram certos os ganhos muitas vezes astronômicos aos seres humanos. Hoje, a tecnologia está de tal forma avançada que, sobretudo os países ricos, desenvolvidos, têm em mente a preocupação e até desenvolvem políticas para detectar e minimizar os efeitos negativos das descobertas tecnológicas, efeitos sentidos, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, em especial direito à intimidade, ou à privacidade. O Brasil, apesar de um País em desenvolvimento, periférico, detém tecnologia de ponta na área de telecomunicações. Os sistemas de telecomunicações são ultramodernos, competitivos e muitas vezes superiores aos dos países ricos. Basta identificar no dia a dia da população brasileira como se utilizam telefones celulares, estes dotados dos mais modernos sistemas. Também é fácil identificar que, não obstante um País pobre, com o povo na sua grande maioria em condições de miserabilidade, vivendo abaixo da linha da pobreza, o uso de *Internet* é bastante difundido. O sistema financeiro nacional também opera com alta tecnologia e automação. Diante deste quadro, também toma os brasileiros uma preocupação acerca dos limites à invasão de privacidade, de intimidade. Não raro, na atualidade, vê-se a banalização, sobretudo por parte da polícia, do uso das interceptações das comunicações telefônicas, que, com o aval do Poder Judiciário, utiliza desta medida extrema como instrumento primeiro, e exclusivo, para a elucidação de crimes. Diante de efervescência de escândalos envolvendo o meio político brasileiro, não é incomum observarem-se medidas invasivas à intimidade, justificadas pela necessidade de combate à corrupção. Contudo, não obstante os abusos identificados na utilização da medida, a nossa Carta constitucional em vigor trouxe, repetindo as anteriores, a previsão de inviolabilidade do sigilo das correspondências, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Inovou, e aí se atribui aos avanços da tecnologia, para incluir também invioláveis os dados.

A regra, portanto, é a inviolabilidade, e, sendo, a sua quebra, exceção, deve obedecer aos limites expressamente previstos na Constituição. Deve-se, desta forma, identificar em que termos a Constituição autoriza excepcionar a regra. Quais os limites a serem obedecidos quando da quebra de sigilo de comunicações, ou seja, o que pode ser passível de quebra. Que tipo de comunicação a Constituição admite a possibilidade de violação do sigilo, quer dizer, é possível quebra o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e

telefônicas? Eis a questão. Que forma de se interpretar o artigo constitucional é a mais razoável.

Ada Pellegrini Grinover, em conferência quando da sua posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, anotou que o texto constitucional constante do art. 5º, inciso XII, foi promulgado em desacordo com o que votado e aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte²⁰. Do texto original constava a possibilidade de, por ordem judicial, violar o sigilo da correspondência, das comunicações e de dados, telegráficas e telefônicas²¹. Pela redação que vingou, a legislação infraconstitucional somente admitiu dispor de quebra de sigilo, e por ordem judicial para apuração de crime, das comunicações telefônicas. Reduziu-se o âmbito de abrangência da violação de sigilo, ou seja, contrariamente ao texto original elaborado e votado pela Assembléia Nacional Constituinte que, pela redação, admitia a possibilidade de se violar o sigilo, por ordem judicial, obviamente, para fins de instrução de qualquer processo judicial, de todas as formas de comunicações expressas naquele dispositivo.

Não é propósito, neste trabalho, esmiuçar a constitucionalidade sob o aspecto formal de tal artigo constitucional, mas, apenas constatar a forma como dispôs a Constituição acerca da matéria.

Não se pode emprestar uma interpretação elástica do dispositivo constitucional ora em estudo. Interpretá-lo de forma a estender a todas as formas de comunicações, como assim o quis a Assembléia Nacional Constituinte, não é, agora, possível porquanto viola direito fundamental à intimidade. Carlos Maximiliano afirma que as normas constitucionais devem ser interpretadas restritivamente quando instituem exceções às regras gerais firmadas no próprio texto constitucional²².

Ou seja, de logo se deve refutar a possibilidade de quebra de sigilo em quaisquer das modalidades de comunicações em feitos que não tenham natureza penal. Neste particular, a Constituição foi absolutamente taxativa quanto à possibilidade de quebra de sigilo de comunicações. Só é possível se cogitar da possibilidade de violação de sigilo se se tratar de suposto cometimento de infração penal.

Da análise do dispositivo constitucional mencionado, e hoje em vigor, um questionamento surge. O que pode, afinal, ser violado por ordem judicial? As

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 101.

²¹ Texto aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual”.

²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 255.

correspondências, as comunicações telegráficas, os dados e as comunicações telefônicas? Ou seja, tudo é passível, obviamente, sob o crivo do Poder Judiciário e para fins de instrução de inquérito ou processo judicial criminal, assim somente para elucidação de crimes, de ser quebrado o sigilo? Ou apenas se admitem em algum dos tipos de comunicações? Esta questão se resolve da análise da redação do dispositivo constitucional, sendo plausível também considerar a intensidade da violação ao direito fundamental à intimidade. Permitimo-nos trazer a lume o posicionamento majoritário da doutrina nacional, que, dada a inquestionável erudição, é capitaneado por Ada Pellegrini Grinover.

Para a autora, a interpretação que se deve emprestar ao art. 5º, XII, da Constituição Federal é a de que somente é admissível a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, exclusivamente. Assim, argumenta:

[...] basta observar que a reiteração da palavra “comunicações”, antes de “telefônicas”, indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere. É essa a única explicação para a repetição (e por isso a Comissão de Redação a introduziu), pois se a ressalva se referisse a todo o segundo grupo, teria sido suficiente dizer “comunicações telegráficas, de dados e telefônicas”²³.

Igual posicionamento adota Vicente Grecco Filho, porém não com o argumento do que se vale a ilustre processualista, mas, sim, com o fundamento exposto no trecho que ora se transcreve:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo²⁴.

Ousamos, entretanto, discordar de tais posicionamentos que concluem, sob vieses diversos, que as interceptações judiciais somente podem ocorrer enquanto quebra de sigilo por ordem judicial desde que se tratem de interceptações de comunicações telefônicas. Assim explicamos:

Primeiramente, sabemos que a tradição brasileira na elaboração das leis, quanto à redação, não é das mais primorosas. Podemos nos deparar com várias imprecisões legislativas em todo o percurso da nossa história legislativa. Esta, parece-nos, seja mais uma. Porém,

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p.104.

²⁴ GRECCO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica – considerações sobre a Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

antes de nos atermos ao aspecto redacional do texto constitucional, é importante considerar onde estaria o razoável considerando-se mesmo a intensidade da violação ao direito à intimidade, mediante quebra do sigilo das comunicações. Mais especificamente, com que intensidade se agrediria a intimidade em se admitindo a hipótese de violação do sigilo em se considerando possível diante de todas as hipóteses, quais sejam, a de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados, ou telefônicas?

Sabemos que interceptação telefônica não é o que o próprio verbo, por definição lexical, traduz, ou seja, a interrupção, o bloqueio, a paralisação de uma ligação telefônica. Pela terminologia jurídica pode-se afirmar que o legislador ao utilizar o termo na redação da Lei nº 9296/96 quis mencionar o conhecimento do conteúdo de conversações telefônicas realizadas por terceira pessoa. Neste sentido, equipara-se à leitura de correspondência epistolar, ao conhecimento de transmissão via telégrafos, ou seja, nesta última hipótese, conhecimento decodificado dos sinais transmitidos. Diz respeito à própria essência da comunicação, ao próprio conteúdo do discurso. A invasão, nestas hipóteses, é absoluta.

Quanto aos dados, sabemos que o legislador refere ao conteúdo das ligações em forma codificada, ou seja, em dados. Neste particular, temos que é tão invasivo à intimidade quanto, de fato, interceptar o conteúdo das comunicações. Seriam as comunicações pelo aparelho de fax ou *modems*.

Luiz Francisco Torquato Avolio, também afirmando que a nossa Carta apenas admitiu excepcionar as comunicações telefônicas, reconhece que os dados não são comunicações telefônicas. Entretanto, admite a excepcionalidade da quebra do sigilo, desde que atendido o princípio da proporcionalidade²⁵.

Neste sentido, seria absolutamente proporcional, razoável, também se admitir a quebra dos dados, inclusive. Por certo, foi o pensamento do legislador, tanto assim que fez constar no parágrafo único do art. 1º, a possibilidade de se interceptar fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Mais razoável seria emprestar esta interpretação sistêmica ao texto constitucional vigente, a reconhecer como assim o faz a maioria da doutrina, aqui leiam-se os doutrinadores acima referidos, acerca da inconstitucionalidade do mencionado parágrafo e concluir por tal.

Se assim se toma o sentido da norma constitucional, é consequência óbvia a perfeita constitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9296/96.

²⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

Obviamente, a se considerar o âmbito de alcance da invasão à intimidade decorrente da quebra de sigilo das comunicações seria também de se estender a todas as formas de comunicação, incluindo-se, portanto, as correspondências. Entretanto, ai merece o cotejo da forma redacional eleita pelo legislador, para por limitador, a exemplo, da hipótese de interceptação das correspondências²⁶.

Novamente, transcrevendo o artigo constitucional ora em comento, para melhor análise, lê-se:

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

Na gramática brasileira usa-se a vírgula, dentre outras hipóteses, para separar situações, hipóteses distintas. Pois bem, se o legislador optou por utilizar vírgulas situando, desta forma, em períodos distintos, em hipóteses distintas a correspondência e a comunicação telegráficas e a de dados e comunicações telefônicas, é porque os situou em instantes distintos. Coerente. E, adiante, refere a “último caso”, ou seja, à última hipótese é porque, obviamente, a última hipótese, ou seja, quando se admite a quebra do sigilo assim o fez considerando-se possível quando se trate de dados e de comunicações telefônicas.

De outra forma, ou melhor, se o entendimento correto fosse o esposado pelos doutrinadores retromencionados, haveria que haver escrito o texto constitucional da seguinte forma: é inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, dos dados, das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Com esta breve análise da evolução constitucional do direito ao sigilo em nosso ordenamento jurídico, passeando desde a primeira Constituição brasileira até a que está em vigor, pudemos observar que, quanto à preservação do sigilo, da intimidade, tivemos avanços. Avanços estes que se traduziram não em uma perspectiva sectária de vedação absoluta a toda e qualquer violação ao direito constitucional de intimidade; mas, sim, uma visão moderna de compatibilidade deste direito com a vida em sociedade. É inegável que os avanços da

²⁶ Tramitam perante o Legislativo brasileiro, dois projetos de lei que tratam da possibilidade de interceptação de correspondências enviadas a presos. O PLS nº 11/2004, acrescenta o § 2º, ao art. 41, da LEP, com a seguinte redação: “A correspondência de presos condenados ou provisórios, a ser remetida ou recebida, poderá ser interceptada e analisada para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, e seu conteúdo será mantido sob sigilo, sob pena de responsabilização penal nos termos do art. 10, parte final, da Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996”. O PLS nº 19/2004, por sua vez, pretende alterar o art. 233, do Código de Processo Penal.

tecnologia repercutem na vida dos homens. Repercussões de forma positiva e também de forma negativa. Para minimizar os avanços da tecnologia no aspecto pernicioso, o Estado precisa atuar no traçar limites à intervenção da tecnologia.

Neste contexto, surgiu a Lei nº 9296/96 que veio para regulamentar o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Esta Lei identificou a necessidade de interceptação das comunicações telefônicas, a maioria da doutrina entende aplicável apenas à interceptação deste tipo de comunicação, e, compatibilizando com a magnitude do direito ao sigilo, apenas conferiu a possibilidade desde que se trate de investigação criminal, ou instrução processual penal.

Constata-se que, não obstante a laboriosa elaboração legislativa que resultou na edição da referida Lei, tivemos que, nos mais de dez anos de vigência, muitas imperfeições a doutrina e os tribunais colheram de sua análise. Foi o que se pôde observar quanto ao âmbito de extensão da possibilidade de interceptação das comunicações. Ou seja, identifica-se a impropriedade do entendimento majoritário no sentido de apenas admitir a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, restringindo a de dados.

Outros tantos equívocos, se assim se pode referir, foram identificados ao longo do seu tempo de vigência, que serão objeto de apreciação deste trabalho. A exemplo, o seu silêncio quanto à possibilidade da ocorrência do instituto que a doutrina nacional convencionou chamar *encontro fortuito*. Ou, ainda, a necessidade de se restringir o âmbito de aplicação que hoje admite todo e qualquer delito desde que punível com pena de reclusão.

Afinal, conclui-se que mesmo em se tratando de direito fundamental, todo ele pode ser excepcionado e assim não foi diferente em nossa história constitucional com o direito ao sigilo. Este, assim como todos os demais direitos constitucionais fundamentais, é passível de exceção tudo na perspectiva e nos limites constitucionais, tendo sempre como pano de fundo a proporcionalidade dos bens que estejam em jogo.

CAPÍTULO 2: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Origem, evolução histórica e definição do princípio da proporcionalidade

A idéia de proporcionalidade está inserida na própria concepção de racionalidade humana. Proporção é a relação entre as coisas. Uma relação de comparação entre coisas. A idéia de proporcionalidade diz respeito a dois elementos em jogo. Tudo o que é proporcional o é em relação a algo²⁷.

A imensa maioria dos autores que se dedica a estudar a proporcionalidade, dentre os quais é exemplo Gustavo Ferreira Santos²⁸, refere como marco inicial de sua consideração a teoria aristotélica. Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles afirma que se deve preferir o meio-termo e não o excesso ou a falta, e o meio-termo é determinado pelos ditames da reta razão²⁹.

Transportada para o âmbito do Direito, a proporcionalidade pressupõe um Estado Democrático de Direito, porquanto determina os limites de poder do próprio Estado, sobretudo na sua relação com os direitos fundamentais.

Enquanto princípio adota como referências embrionárias as décadas de setenta e oitenta³⁰. O princípio da proporcionalidade teve origem no Direito Alemão, como derivação do princípio da “proibição de excesso”³¹. Vitalino Canas aduz outros núcleos de Estado, a saber, Suíça e Áustria, onde o princípio foi tomado. Contudo, dado o desenvolvimento alcançado, é coerente que se tome a Alemanha como berço, sobretudo, a do segundo pós-guerra³². Assim se explica porque diante das barbáries da Segunda Grande Guerra, em especial, das atrocidades do regime legal Nazista, o Direito retoma feições jusnaturalistas,

²⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira, *op. cit.*, p. 108.

²⁸ *Idem*, p. 117.

²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Rio de Janeiro: Martins Claret, 2006, p. 128.

³⁰ VITALINO CANAS refere ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade que teve nascedouro nos países encarados como precursores nas tecnologias jurídicas o respectivo período de gestação só se aproximou do termo final entre as décadas de setenta e oitenta, não obstante a idéia de proporcionalidade tenha tido berço na modernidade, com a obra de Beccaria, a exemplo. (Cf. MIRANDA, Jorge (org.).

PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS nos 20 anos da Constituição de 1976. organização: Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 325).

³¹ Neste sentido, vale a referência de Gustavo Ferreira Santos, justificando a preferência por esta terminologia, proibição de excesso. Assim, afirma a sua opção por tomar que esta terminologia “resume bem qual a finalidade que guia o seu uso no controle do excesso da atividade estatal. A atuação deve ser voltada a um objetivo e não pode ir além daquilo que seria necessário e adequado ao atingimento dessa meta, com a menor agressão possível a direitos”. (SANTOS, Gustavo Ferreira, *op. cit.*, p. 110).

³² *Idem*, p. 326.

com a materialização na definição de princípios ou instrumentos que metodicamente tivessem o condão de transpor o ideal de justiça para o direito positivo³³.

Surgiu, inicialmente, no Direito de Polícia para o fim de controlar os desmandos na atuação da administração. Suzana de Toledo Barros refere que o germe do princípio da proporcionalidade está na idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração³⁴.

Traduzia-se, então, na perspectiva de resguardar direitos e garantias individuais, como decorrência do princípio da legalidade. Neste sentido, foi inicialmente trazido com a formação do Estado Moderno e com enfoque específico à garantia dos cidadãos quanto às imposições de penas criminais.

A França, sem dúvida, foi berço do desenvolvimento da idéia de Estado de Direito. A partir das idéias iluministas de Rousseau e Montesquieu, tomou força o princípio da legalidade que veio assim assentado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 5.º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena.

Art. 7.º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta escritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou deito em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado da resistência.

A primazia da lei, e, assim, do parlamento, veio repetida na Constituição de 1791, quando no art. 3.º dispôs: “não há na França autoridade superior à lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”. Adotou-se uma opção clara de oposição aos desmandos e arbítrio do monarca, argumento, inclusive, justificante e pressuposto de todo ideal revolucionário burguês.

Como bem assevera Suzana Toledo, o poder monárquico não somente ele estava alquebrado como também o poder dos juízes que davam sustentação ao regime monárquico. Neste sentido, criou-se o controle da administração por parte do *Conséil D'État*, ligado ao

³³ Canas aponta que o princípio da proibição de excesso, na feição atual se deve a dois aspectos: o protagonismo estatal pós-liberal e o que designa de plena interiorização pelo Direito da racionalidade *weberiana*. (MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 327).

³⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 37.

Poder Executivo. Coube, então, ao Conselho o controle dos atos administrativos. As decisões do Conselho eram impregnadas de referência ao princípio da proporcionalidade³⁵.

Entretanto, na França, tal princípio não alçou vôo até atingir o direito constitucional, porquanto não se prestava a ser usado na defesa dos direitos e garantias individuais. Suzana Toledo faz esta referência ao elencar as pessoas que podem recorrer à Corte Constitucional na defesa de direitos e garantias individuais sendo eles os próprios parlamentares, em número mínimo de 60, o Presidente da República, Primeiro Ministro ou Presidentes da Assembléia Nacional ou do Senado; refere que se trata de uma decisão muito mais de caráter político³⁶.

Pode-se afirmar que foi na Alemanha de Weimar que o princípio da proporcionalidade alcançou, enfim, o direito constitucional. Entretanto, sofreu solução de continuidade diante do horror do nazismo. Retorna com a Constituição de 1949³⁷.

Paulo Bonavides admite que somente é possível compreender o conteúdo e o alcance do princípio constitucional da proporcionalidade se tomado em consideração o advento de duas concepções de Estado de Direito. Uma, ultrapassada, e ligada ao princípio da legalidade; e a outra, concepção moderna, se posicionados os direitos fundamentais como centro de gravidade da ordem jurídica³⁸.

Nesta perspectiva, transpõe-se o princípio da legalidade para ter lugar a submissão da lei aos direitos fundamentais. O fundamento de constitucionalidade de uma norma está na compatibilidade dela com os direitos fundamentais.

Assim é que deve se tomar o princípio da proporcionalidade como vetor de promoção dos direitos fundamentais, na perspectiva de defesa do cidadão e da sociedade, com o asseguramento destes direitos na perspectiva de sua validade máxima.

Serrano afirma que o princípio constitucional alemão da proibição de excesso se decompõe em três sub-princípios: o princípio da idoneidade (adequação ao fim), princípio da necessidade (intervenção mínima) e proporcionalidade em sentido estrito (contraposição dos

³⁵ SERRANO afirma que na França não se tem consagrado expressamente o princípio da proporcionalidade, nem na legislação nem na jurisprudência, não obstante ser, desde muito, utilizada largamente no Conselho de Estado. Ressalta que a tendência geral existente no direito público a aprofundar no controle do exercício dos poderes mediante a ponderação das circunstâncias do caso concreto e os interesses enfrentados tem reflexo na utilização pela jurisprudência francesa da técnica do “balanço custo-benefício”. (SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madri: Editorial Colex, 1990, p. 38).

³⁶ BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 45-46.

³⁷ TOLEDO faz referência à explicitação do princípio da proporcionalidade, este atrelado à garantia dos direitos fundamentais, quando a Constituição de Boon, em seu art. 19º, consagra o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais se dar por lei necessárias, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações. (*Idem*, p. 48).

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 398.

valores e ponderação dos interesses segundo as circunstâncias de cada caso concreto)³⁹. Neste mesmo sentido, manifesta-se Canotilho afirmando que o princípio da proporcionalidade é um superconceito, e, assim, subdivide em três outros princípios referindo ao princípio da conformidade ou adequação dos meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade e, por fim, princípio da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁰.

Buscar uma definição do princípio da proporcionalidade não é tarefa das mais fáceis. Visualizá-lo nos ordenamentos jurídicos não é também acessível absolutamente. Assim, deve-se discutir a sua própria natureza. De quê tipo de princípio falamos? Como se materializa? Tudo será abordado no tópico seguinte. Entretanto, neste momento merece referência a que a doutrina elaborou.

Neste sentido, emblemáticas são as referências feitas pelo mestre Bonavides quando ao tratar do princípio da proporcionalidade afirma que é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quando os que padecem o poder⁴¹. Em conotação deveras ampla, traz o princípio atrelado à idéia de Estado de Direito, colocando-o numa via de mão dupla, como superação da idéia de liberdade e justiça, também na perspectiva de restrição de direitos fundamentais.

Wellington Barros, apresentando uma definição menos abrangente do princípio da proporcionalidade, faz referência à teoria de Humberto Ávila, para quem a idéia de proporcionalidade, ao que chama de postulado, não é tão ampla quanto a idéia de proporção. A proporcionalidade está ligada a uma relação de causalidade, isto é, entre dois elementos empiricamente distinguíveis, um meio e outro fim, onde seja possível se proceder a três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade estrita. A idéia da proporcionalidade tem lugar sempre que há uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade (estado desejado das coisas)⁴².

³⁹ Serrano refere ao princípio da proporcionalidade no direito administrativo espanhol, afirmando que tem assento constitucional no âmbito do Direito Administrativo porquanto o art. 103.1 tem assentado que a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais. E, no art. 106, 1, que os Tribunais controlam... a submissão da atuação pública aos fins que a justificam. (SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, *op. cit.*, p. 39).

⁴⁰ Canotilho referindo ao Direito Português afirma que, neste ordenamento, o princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso, é do tipo normativo, em contraposição aos princípios ditos abertos. Normativo porque tem previsão constitucional expressa (arts. 18.º/2, 19.º/4, 272.º/1), disso se conclui que não se trata de princípio meramente informativo, mas, sim, de aplicação obrigatória. (CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 384).

⁴¹ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 357.

⁴² ÁVILA, Humberto *apud* BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchero. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

2.2 A significação especial do princípio da proporcionalidade

É importante para a temática tratada neste capítulo identificar a natureza própria do princípio da proporcionalidade. De que tipo de princípio se cuida. A demarcação é pertinente porque, desta forma, identificar-se-á como se dará a aplicação à hipótese específica do *encontro fortuito*.

O princípio da proporcionalidade, como se enquadra nos ordenamentos jurídicos modernos? É princípio geral de direito? Princípio de interpretação? Ou princípio jurídico?⁴³

Antes, convém esmiuçar de que ordem é o princípio da proporcionalidade tomando-se em conta a sua natureza quanto à dogmática constitucional. É importante gizar que se consideram sistemas jurídicos de Estados de Direito, democráticos, e, assim, a função de proteção aos direitos fundamentais os coloca no centro da questão, sendo o ordenamento jurídico de se adequar aos mesmos e não o reverso.

Canotilho, adotando como paradigma o modelo português, afirma que o sistema jurídico daquele País é um sistema aberto de regras e princípios. Modernamente, isto é, a partir de Dworkin, ao gênero norma pertencem as regras e princípios, sendo as espécies, portanto, distintas a partir do grau de abstração e indeterminabilidade, que são maiores nos princípios; o *status* de fundamentalidade no sistema das fontes de direito e a natureza de *standard* de justiça e de idéia de direito, que gozam os princípios; e, por fim, uma certa hierarquização entre regra e princípio, posto que este, dada a sua natureza normogenética, constitui fundamento daquela.

Nesta perspectiva, importa ressaltar que os princípios são circunstancialmente aplicáveis, nunca invalidados. As regras, ou são aplicáveis ou são inválidas. Isto é, aos princípios se aplica a ponderação, o balanceamento de valores, diante de um caso concreto. As regras, apenas se questiona a sua validade ou não, que é determinante para a própria sobrevivência da mesma.

O mestre português, quanto à tipologia dos princípios constitucionais, colaciona que são do tipo fundamentais, constitucionalmente conformadores, constitucionais impositivos e princípios-garantias⁴⁴.

⁴³ Gustavo Ferreira Santos afirma que os princípios gerais de direito podem conter elementos que servem tanto ao que os ordenamentos lhes ordenam como também à compreensão de outras normas. Quanto aos princípios de interpretação, estes contêm as diretrizes do intérprete/aplicador da norma, mas, não só isto, um conteúdo material, pois emprestam efeito às relações jurídicas tais como os princípios jurídicos e assim ocorre quando limitam o sentido da norma objeto da interpretação. Os princípios jurídicos, por seu turno, são os princípios gerais consagrados em dado ordenamento jurídico. (SANTOS, Gustavo Ferreira, *op. cit.*, p. 2).

Destes, apenas interessam ao presente estudo, os princípios jurídicos fundamentais. Por princípios jurídicos fundamentais se pode tomar como aqueles que conformam a norma do direito positivo, interpretando-a e integrando-a aos fins do Estado de Direito. Nestes se inclui o da “proibição de excesso”, tanto na sua vertente negativa, de coibir o abuso de poder, como na sua vertente positiva, exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem.

Como princípio jurídico fundamental, a proporcionalidade prescinde de consignação expressa no texto constitucional. Como bem afirma Xavier Philippe, é um que se encontra na categoria dos que são mais fáceis de compreender que definir⁴⁵. Dispensa-se, inclusive, a sua consignação explícita, não obstante a sua concretude, porque é um princípio que se sente, toma-se como ínsito à própria natureza humana e, sobretudo, à idéia de justiça.

Voltando àquele primeiro questionamento, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade é um princípio jurídico fundamental e, dentro deste feixe, podemos afirmar que se trata de um princípio de interpretação⁴⁶.

A instância de aplicação prática do princípio da proporcionalidade se traduz no princípio da concordância prática, isto é, a concretização da proporcionalidade⁴⁷. Neste sentido, deve-se tomar em conta a inexistência de hierarquia de princípios, conseqüentemente, a não-superação de nenhum direito fundamental por outro qualquer que o valha⁴⁸.

Konrad Hesse afirma:

A tarefa da concordância prática requer a coordenação “proporcional” de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais: na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima. Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 171-174.

⁴⁵ PHILIPPE, Xavier *Apud* BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 392.

⁴⁶ Entre nós, posição também adotada por Paulo Bonavides e Gustavo Ferreira Santos.

⁴⁷ “A regra da proporcionalidade é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto” (FARIAS, Edmilson, *op. cit.*, p. 49).

⁴⁸ Quando se aplica, em cada caso concreto, pelo ato de criação do juiz ou do legislador, o princípio da proporcionalidade, não se está criando uma hierarquia de valores mas, tão somente, aplicando-se, no caso concreto, o valor que mais prevalece no jogo, na medida do necessário, do sacrifício dos que devam ceder (SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, *op. cit.*, p. 17).

efetuada. Ela deve ser *necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada como o peso e o significado do direito fundamental.⁴⁹

A possibilidade de colisão de direitos fundamentais a ser resolvida pela aplicação do direito é, antes de tudo, decorrência da unidade constitucional, resolvendo-se, portanto, na interpretação proporcional, casuística, dos princípios em conflito, prevalecendo determinado direito fundamental, sem mitigar o outro de forma absoluta.

2.3 Base constitucional do princípio da proporcionalidade

A idéia de proporcionalidade é imanente ao próprio homem. No reverso, a idéia do desproporcional é intolerável, repudiada. A justa medida das coisas é o que, no íntimo, sempre se busca. O fiel da balança é o propósito de todos. O que, em verdade, traz a sensação de justiça. Entretanto, o que determina a adoção de tal critério, o critério do adequado, do necessário, do ponderado, no âmbito das decisões judiciais? Que embasamento, que princípios são fundantes da proporcionalidade? A nossa Constituição não traz explicitamente o princípio da proporcionalidade. Entretanto, como acontece em todos os Estados de Direito, a idéia de proporcionalidade, a sua utilização como princípio de interpretação tanto nas ramificações do direito público e privado está sempre subjacente, sendo, não raras vezes, argumentação e fundamentação de decisões judiciais, mormente quando diante de colisão entre direitos fundamentais.

A Constituição Federal já no seu preâmbulo dispõe que a República Federativa do Brasil é um Estado de Direito que visa a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Toma-os como valores supremos. Daí se conclui que o enfoque dado pela atual Constituição é o de prevalência dos direitos fundamentais, que se perfaz com a conjugação dos demais valores lá assentados, e em todo o texto constitucional. A Constituição é um feixe único de valores professados em determinado momento histórico. Assim, muitos deles oscilam e se alternam. Esta alternância de valores, muito mais diante de casos concretos, leva, necessariamente, os aplicadores do direito a adotarem caminhos diversos. A transformação

⁴⁹ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p.

desses valores, situação bastante ocorrente de conflitos, merece consideração que adotará sempre como suporte decisório os valores supremos acima referidos. A perspectiva de realização da justiça pressupõe, portanto, adoção de critérios interpretativos, dentre eles, a proporcionalidade que está umbilicalmente atrelada à idéia de liberdade e de justiça. Serrano afirma que o princípio da proporcionalidade pode ser extraído do princípio do Estado de Direito e da própria essência dos direitos fundamentais⁵⁰. Mais adiante, o autor aponta dois pressupostos onde está assentado o princípio da proporcionalidade a fim de construir uma estrutura para aplicação deste princípio no direito processual espanhol: um de natureza formal, o princípio da legalidade; e, outro, de natureza material, que denomina princípio da justificação teleológica⁵¹.

O princípio da legalidade remonta, para não se ir mais longe, aos ideais da Revolução Francesa, ou, pouco antes, com as idéias de Beccaria, nos idos de 1764⁵². Nesta época, na esteira da teoria contratualista, via-se o princípio mais voltado para o âmbito das penas. Seguindo-se, na modernidade, passou a integrar os ordenamentos dos Estados de Direito, sendo estes, inclusive, corolários de tal princípio. Mais especificamente, dos Estados Democráticos de Direito. O princípio da legalidade é o primado da lei contra o arbítrio. A legalidade democrática é a obediência à lei que seja tradução de igualdade e justiça⁵³. A nossa Constituição claramente o estabelece no art. 5º, II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O princípio da legalidade está na base da nossa Constituição, inscrito no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Toda atividade do Estado está, portanto, circunscrita a este princípio. Especificamente, ele se apresenta também em áreas restritas tais como princípio da legalidade tributária e o princípio da legalidade penal, este traduzido na máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Se toda a atividade estatal não pode fugir da legalidade, isto é, da lei, quanto ao direito processual penal também não é diferente. Atualmente, não se concebe o direito processual sem a consideração da sua vertente constitucional, ou melhor, sem o suporte constitucional que o constitui. Assim ocorre, sobretudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, somente se concebe um direito processual penal comprometido com os direitos e garantias fundamentais que faça valer o princípio da legalidade, característica

⁵⁰ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, *op. cit.*, p. 51.

⁵¹ *Idem*, p. 69.

⁵² “Só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro desta sociedade”. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 44.

⁵³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 420.

determinante do Estado Democrático de Direito. Scarance Fernandes, referindo ao mestre lusitano Jorge Figueiredo Dias, anota que o atrelamento do direito processual penal à Constituição se apresenta porque a forma de realização do processo está diretamente ligada à concepção dominante no Estado, isto é, em uma concepção de autoritarismo, o Estado se vale do processo penal no seu interesse exclusivo de exercitar o *jus puniendi*. Diferentemente no modelo liberal, o enfoque passa a ser os direitos e garantias individuais. O indivíduo passa a ser sujeito do processo. Em um perfil intermediário, está a concepção do Estado de Direito Social, o enfoque não é mais, ou somente, o indivíduo, mas, sim, a coletividade⁵⁴.

A proporcionalidade, então, quando diante de colisão de direitos fundamentais, relaciona-se à legalidade na medida em que, à segurança e à justiça, não se admita transigência com direitos fundamentais sem a contrapartida da previsão legal. Serrano aponta que o princípio da proporcionalidade se instrumentaliza mediante a realização do contrapeso dos interesses em conflito envolvidos em um caso concreto. Afirma, ainda, que deste modo se pretende relativizar as disposições legais para individualizar a atividade estatal de coação segundo as circunstâncias particulares do caso. Entretanto, o autor faz referência crítica à corrente doutrinária alemã que admite a possibilidade hipotética de relativizar direitos fundamentais por intermédio de um contrapeso a que ele denomina *supralegal*, desligado das garantias estabelecidas pela lei, que conduziria inclusive à possibilidade de adoção, por parte de órgãos jurisdicionais ou administrativos, de medidas legalmente inadmissíveis quando concorrentes importantes interesses do Estado. Com isto, se tem proposto na R.F.A. o retorno ao processo penal da instituição do “estado de necessidade justificante”, como uma forma de compensação das carências das normas que habilitam os poderes públicos para restringir os direitos fundamentais na persecução de fins legítimos⁵⁵.

⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15-16.

⁵⁵ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, *op. cit.*, p. 70-71.

2.4 Proporcionalidade e processo penal

Como já afirmado, a proporcionalidade foi pela primeira vez aventada na seara do direito penal referindo-se à proporção que deve ser sempre observada entre a pena e o delito. Proporção que se perfaz tanto na consideração da tipicidade penal de determinada conduta e a sua correlação com a pena em abstrato, tarefa legislativa; quanto à consideração de um caso concreto, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, atribuição do judiciário⁵⁶.

Não se pode referir à idéia principiológica da proporcionalidade no campo do direito penal. Não enquanto princípio interpretativo, mas enquanto princípio constitucional de cunho substantivo, ao situá-lo no âmbito do direito penal. Nesta hipótese não há que se falar em colisão de princípio, mas, apenas, prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade em direito penal está diretamente ligada a um direito penal garantista, no modelo ferrajoliano.

Na sua clássica obra “Direito e Razão”, Ferrajoli discorrendo sobre os princípios da necessidade e humanidade das penas, afirma que a história destas é mais horrenda que a dos próprios delitos. Estes, não menos violentos porque são uma violência ocasional e às vezes impulsiva, enquanto que a violência das penas, a história bem demonstra, é uma violência sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Não é arriscado, por certo, afirmar que as penas têm produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos⁵⁷.

As penas não se justificam se não apresentam um componente de prevenção. É a razão própria de todo o Direito Penal⁵⁸. Se acaso visam a prevenir delitos, naturalmente, como bem acentua Ferrajoli, devem contar, sobretudo, com um aspecto desagradável ao sujeito⁵⁹. Senão legitima-se, e patrocina-se, a prática de vingança privada. É a barbárie. Contudo, o aspecto

⁵⁶ A Constituição Federal traz, expressamente, o princípio da individualização da pena, ao dispor, no art. 5º, LXVII, que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as penas de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. No inciso seguinte, dispõe que não haverá pena de morte, salvante nos casos de guerra declarada, penas perpétuas, penas de trabalhos forçados, de banimento, ou penas cruéis.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal**. 6. ed. Madri: Editorial Trotta, 2004, p. 386.

⁵⁸ Neste particular, merece referência o que dito por Muñoz Conde no sentido de que uma das funções do bem jurídico penalmente protegido, da própria tipicidade, é a função motivadora do direito penal. (CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Tradutora: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18-34).

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 387.

desagradável da pena não pode transcender os limites mínimos do respeito à dignidade humana. Aqui reside a conveniência da proporcionalidade entre a pena e o mal praticado.

No processo penal, pode-se falar em proporcionalidade enquanto princípio interpretativo. Na vertente adjetiva, tem-se, efetivamente, o cotejo de princípios fundamentais, em cada caso concreto. A proporcionalidade tem lugar em toda a atuação processual penal. Cuida, a própria concepção de proporcionalidade, de adequação entre direitos individuais e o exercício do *jus puniendi*. Igualmente à antijuridicidade, a proporcionalidade não é, enquanto princípio, própria do processo penal. Entretanto, é neste campo, que logra maior desenvolvimento e aplicabilidade.

Especialmente nas medidas cautelares de qualquer natureza, o que se tem em jogo é ponderação de direitos fundamentais. Assim, na busca e apreensão, nas prisões processuais, na interceptação telefônica, o princípio da proporcionalidade é o norte, a linha matriz de toda a atuação jurisdicional. Tratando das cautelares que se referem à prova, ou à própria teoria da prova, o princípio da proporcionalidade é regra usual e indispensável.

No âmbito do processo penal, não se pode olvidar que foi na Alemanha também que o princípio da proporcionalidade foi aplicado, em uma resolução do *deutscher Journalistentag*, em 1875⁶⁰. Assim se sucedeu naquele país, com a doutrina reafirmando a aplicabilidade da proporcionalidade, já em voga no direito administrativo, em especial quanto à privacidade, quanto às intervenções corporais e quanto à utilização de armas de fogo pela polícia. O princípio da proporcionalidade se consolidou, inclusive no ordenamento jurídico processual penal, após a II Grande Guerra, quando se viu um retorno ao jusnaturalismo, como já afirmado.

No Brasil, não são mais raras as considerações sobre o princípio da proporcionalidade pelos tribunais. São bastante freqüentes as decisões em sede de processo penal em que a decisão se funda em tal princípio, não obstante, como será abordado no tópico seguinte, confundirem-se os princípios da proporcionalidade com a razoabilidade. São emblemáticos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Inq-AgR 2206/DF – Distrito Federal
AG. REG. NO INQUÉRITO
Relator: Min. MARCO AURÉLIO
EMENTA. INQUÉRITO – DILIGÊNCIA – EXTENSÃO. O
deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-
se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em
curso, descabendo providências que extravasam o campo da

⁶⁰ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *op. cit.*, p. 22.

razoabilidade, como, por exemplo, a quebra do sigilo bancário generalizada.

HC 89429/RO – RONDÔNIA

Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDOTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. habeas corpus concedido.

HC 90232 / AM - AMAZONAS
Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

EMENTA: I. Habeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 ("Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de "habeas corpus" impetrado contra decisão do Relator que, em "habeas corpus" requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar"). II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus de ofício deferido, para

que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.

2.5 Proporcionalidade e razoabilidade: distinção essencial

Há uma freqüente tendência dos doutrinadores, sobretudo também na jurisprudência brasileira, de confundir proporcionalidade e razoabilidade. Gustavo Ferreira Santos já pontuou tal confusão⁶¹. Ela se explica porque são conceitos que estão imbricados ou, ao final, têm como pano de fundo a busca da justiça que, não raras vezes, demandam uma aplicação criativa do próprio direito. Em razão desta aparente similitude, merecem ser adequadamente estudados para se concluir que na essência são conceitos diferentes apesar estarem vinculados a um embasamento comum. O arcabouço histórico, a gênese própria do princípio da proporcionalidade, já foi objeto de consideração nos itens anteriores deste capítulo. Não há dúvida de que surgiu com desenvolvimento teórico e prático na Alemanha, reforçando-se no pós-guerra. Quanto à razoabilidade, devota-se a sua origem, invariavelmente, ao direito norte-americano, o que será amiúde abordado adiante.

É comum os doutrinadores e aplicadores do direito brasileiro incorrerem em confusão quanto às terminologias. O direito brasileiro, afinado com o direito europeu-continental na maioria dos seus postulados e institutos, adota, contudo, alguma postura que mais se assemelha ao regime norte-americano, a exemplo, do controle difuso da constitucionalidade das leis. É, portanto, ainda com algum resquício de influência norte-americana que alguns confundem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade é oriundo do direito norte-americano e a sua primeira consignação se deu na Magna Carta do João sem Terra, de 1215, especialmente na cláusula 39. Fábio Konder Comparato, acompanhado pela maioria dos doutrinadores, entende que tal cláusula se constituiu no “coração da Magna Carta”. O autor afirma que tal cláusula desvinculava a lei e a jurisdição da pessoa do monarca, devendo, os homens livres serem julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra. Para Comparato, a Magna Carta, especialmente na cláusula 39, trouxe já um presságio do que, no futuro, tornar-se-ia o princípio do *due process of law*, ou o devido processo legal, expresso na 14ª Emenda à

⁶¹ Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira, *op. cit.*

Constituição norte-americana e inscrito na Constituição do Brasil de 1988 no art. 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁶²

A idéia da razoabilidade norte americana está diretamente ligada à concepção do devido processo legal não mais sob o aspecto processual, mas sob um aspecto substantivo de concretização dos direitos fundamentais⁶³. Tal concretização desemboca nas mãos dos juízes, que poderão empreender um juízo valorativo dos atos legislativos. Neste sentido, Luis Roberto Barroso define o princípio da razoabilidade como sendo um princípio que se traduz no parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico, qual seja, a justiça⁶⁴.

Pode-se afirmar que a razoabilidade e a proporcionalidade têm, ambos, a busca do fim maior, qual seja, como bem maior como definiu o doutrinador acima mencionado, a justiça. Entretanto, ambos, buscam-na sob vieses diferentes. Enquanto a razoabilidade cuida da observação do que pretende, o Estado, com o seu atuar; a proporcionalidade cuida de investigar se, após eleito determinado objetivo, como meta do Estado, valeu-se, este, dos meios necessários, adequados e proporcionais.

Interessante é referir ao posicionamento adotado por Gustavo Santos quanto à imprescindibilidade de arrimo na Constituição, por derivação do princípio do devido processo legal. A proporcionalidade prescinde de suporte constitucional, eis que é decorrência do próprio Estado Democrático de Direito. O autor explica que a irrazoabilidade não decorre de ofensa explícita às normas constitucionais, bastando, o ato, não encontrar ressonância dentro do sistema constitucional. A lei será inconstitucional por ofensa ao princípio do devido processo legal porque a finalidade eleita pelo legislador é ilegítima. A proporcionalidade, por seu turno, diz respeito a grandezas, direitos em colisão⁶⁵.

Na doutrina nacional quem melhor trata a matéria, em laborioso estudo sobre a razoabilidade com enfoque para a questão judicial, é Roberto Wanderley Nogueira⁶⁶. Analisando a razoabilidade jurídica inicia por afirmar que é um princípio constitucional

⁶² COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 80.

⁶³ Este aspecto será melhor abordado no capítulo seguinte quando da análise da prova. Também faz referência a este enfoque substancialista do princípio do devido processo legal Roberto Wanderley. (NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O Problema da Razoabilidade e a Questão Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto *apud* SANTOS, Gustavo Ferreira, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira, *op. cit.*, p. 128-129.

⁶⁶ O autor se propõe a trazer um contributo ao estudo do princípio da razoabilidade e, ao fim, exaurindo a sua proposta, apresenta laborioso estudo, com percuciente análise do princípio. NOGUEIRA, Roberto Wanderley, *op. cit.*

implícito que determina a concretização do direito na perspectiva de justiça - aqui se aproxima da proporcionalidade.

Wanderley Nogueira afirma que a idéia de razoabilidade está diretamente ligada à interpretação do direito pelos seus aplicadores com vistas à consecução da justiça. O autor toma o princípio da razoabilidade como prudência, sendo esta a justa medida na aplicação do direito na perspectiva de alcançar a solução mais adequada ao julgamento.

Wanderley chega à conclusão de que a razoabilidade não é outra coisa senão o substrato do direito da pós-modernidade. Partindo da argumentação, afirma que o procedimento e o resultado devem, na realização do direito, corresponder a paradigmas razoáveis de justificação e, assim, de aceitabilidade, para que se possa deduzir a inteira observância do princípio da razoabilidade. A razoabilidade na aplicação do direito o legitima. Para Wanderley:

Razoável é a propriedade daquilo que está de acordo com a razão, com a prudência, ou com as regras que esta razão e esta prudência prescrevem em um determinado tempo e lugar por forma a serem observadas pela comunidade destinatária.⁶⁷

É certo que a razoabilidade deve ser tomada como um princípio implícito da nossa Constituição, como também afirma Wanderley Nogueira. Implícito exatamente porque no texto constitucional não está literalmente consignado. Entretanto, não se nega a sua aplicabilidade enquanto embasamento de toda a decisão judicial. É, pode-se afirmar, o reconhecimento da decisão judicial como legítima porque respaldada em uma interpretação sistêmica do texto constitucional na perspectiva de efetivação de seus valores subjacentes.

Pode-se afirmar, desta forma, que a razoabilidade está intrinsecamente ligada às decisões judiciais que absorvam todos os princípios constitucionais na perspectiva de uma decisão justa. Toda decisão será constitucional na medida em que seja, portanto, razoável. Se a razoabilidade é um fator legitimante da decisão judicial, pode-se afirmar que a proporcionalidade funciona como medida de realização do razoável diante de colisão entre direitos fundamentais.

⁶⁷ NOGUEIRA, Roberto Wanderley, *op. cit.*, p. 215.

CAPÍTULO 3: DA PROVA NO PROCESSO PENAL

3.1 Prova e verdade no processo penal

Provar, segundo aponta Francisco das Neves Batista, advém do latim *probare*, remontando o radical *probus* que tem significação em honesto, probó, transmitindo a idéia de credibilidade, confiabilidade, veracidade⁶⁸. Analisando outros idiomas, a exemplo de *preuve*, no francês e *prova* em italiano, observa-se que, da análise dos demais ordenamentos, pode-se concluir que em muitos deles se alcança um conceito comum, ou aproximado.

Prova é a certeza que advém do conhecimento dos fatos que existem ou existiram. Certeza que se perfaz por quatro vias, como afirma Dellepiane:

Se atentarmos na maneira pela qual chegamos ao conhecimento dos fatos que existiram ou existem, torna-se evidente que não podemos ter idéia deles senão por quatro vias ou meios, que são: 1º a percepção exterior, isto é, porque eles caem sob os nossos sentidos; 2º porque nô-los referem; 3º porque a eles aludem documentos de que dispomos; 4º porque inferimos, partindo do estudo de certos rastros, materiais ou imateriais, deixados por ditos fatos⁶⁹.

Assim, prova está diretamente ligada, portanto, à idéia de conhecimento e de verdade. Não é propósito, neste trabalho, discorrer acerca do aspecto, talvez dos mais difíceis com o qual se depara a filosofia, quanto à existência de um conhecimento que traduza a verdade. A própria essência da verdade. Anamaria Campos Tôrres, sem também adentrar profundamente na questão filosófica da verdade, refere a dois posicionamentos doutrinários, o dos que tomam como real a possibilidade de uma verdade pura; e, por outro lado, os que adotam o entendimento de que a verdade que advém do processo está mais ligada à idéia de certeza, certeza que se manifesta no íntimo do julgador, como verdade⁷⁰. Como diz a autora, a verdade é compreendida como concordância entre um fato real e a idéia dele representada em nosso espírito. A certeza que se alcança no processo de maneira geral não corresponde

⁶⁸ BATISTA, Francisco das Neves. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 39.

⁶⁹ DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Tradução Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, p. 58.

⁷⁰ TÔRRES, Anamaria Campos. **A busca e Apreensão e o Devido Processo Legal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.72.

necessariamente à verdade, mas a uma verdade objetiva, permeada do subjetivismo do julgador que, não obstante a imparcialidade, não se desprende dos sentimentos e das emoções que compõem a mente humana.

Assim, muito se refere à verdade real em contraposição à verdade formal, esta adotada, e suficiente, no âmbito do direito privado. Não se deve, contudo, olvidar que a verdade real a que se refere o processo penal enquanto princípio não é corolário da verdade absoluta, a verdade pura, isenta de juízos apriorísticos. A verdade que não admite presunções. A verdade precisa ser buscada, e alcançada pelo acusador, refutada pela defesa, e ponderada pelo julgador. Está fora dos planos, então, questionar o princípio norte do direito processual penal, da verdade real, apenas constatá-lo enquanto princípio vigente. Apenas se constata como vigente em nosso ordenamento jurídico o princípio da verdade real em oposição à formal, mas nunca com a conotação filosófica do juízo puro, mas, sim, do que traduziu certeza ao julgador⁷¹. Assim ocorre porque no processo penal se trata de interesse público⁷². O processo civil se pode afirmar que se desenvolve no interesse das partes, sendo, desta forma, admissível a verdade formal, isto é, a que se apresenta no processo, a que se produz no curso do processo e por iniciativa das partes⁷³. A partir da Constituição Federal de 1988, o processo penal ganhou uma nova modelagem, com a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º. É certo que o sistema acusatório, em oposição ao inquisitório, se fortaleceu. Não se concebe mais, em um Estado de Direito, falar-se em poderes instrutórios absolutos do juiz. O contraditório, como afirma Cândido Rangel Dinamarco é do tipo em que a iniciativa das partes na produção probatória é absoluta, e personalíssima, só a elas cabe⁷⁴. O juiz, para quem a prova se presta a formar o convencimento, é o seu destinatário.

⁷¹ A doutrina nacional é assente em admitir que vige, no processo penal, o princípio da verdade real. São exemplos, Fernando da Costa Tourinho Filho, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco.

⁷² O interesse público não se confirma tão só quando a decisão judicial se referir a um crime que se processou mediante ação penal pública, pois, quando a decisão judicial se referir a um crime de ação penal privada, ali também não se abdicará da imprescindível tarefa de se investigar a verdade. (BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

⁷³ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco *in Teoria Geral do Processo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 61.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco, **A Instrumentalidade do Processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A busca da verdade real enquanto princípio vigente no processo penal não pode ter lugar em um Estado de Direito, até mesmo porque toda verdade produzida no processo é uma verdade judicial, uma verdade construída historicamente⁷⁵.

Obviamente, que não se fala no processo penal em hierarquização de provas. O livre convencimento, conquanto não chegue à discricionariedade, posto que a decisão é sempre motivada; este princípio também é norte do processo penal moderno.

A verdade processual é, portanto, uma verdade condicionada por elementos objetivos e subjetivos. Por elementos objetivos, reconhece-se a validade da prova condicionada a sua submissão aos ditames da lei, aí se inclui, sobretudo, a Constituição com a capitulação dos Direitos e Garantias Fundamentais⁷⁶. Os elementos subjetivos se situam no íntimo do julgador⁷⁷. São suas convicções pessoais, seus sabores e dissabores, que adquire na vida em sociedade dos quais não se desvincula quando do ato de julgar, quando investido no seu papel de juiz. Na perspectiva objetiva, denominam-se algumas provas que são produzidas em desatenção aos requisitos objetivos, de provas ilícitas. Estas serão objeto de análise a seguir.

Em nosso ordenamento processual penal vigente, não pairam dúvidas que o juiz ainda detém livre iniciativa da prova, não obstante estar descartada a absolutização do perfil inquisitório do processo penal, colhendo-a tudo na perspectiva de lhe advir a certeza da qual necessita para produzir um julgamento condenatório. Assim é que na própria Lei de Interceptação Telefônica há a previsão de determinação deste tipo de diligência, de ofício, como já explicitado nas linhas anteriores.

⁷⁵ “Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade *real*, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e da intimidação da defesa”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 329.

⁷⁶ Marcos Antonio de Barros afirma que a verdade processual somente será válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade (BARROS, Marcos Antonio de, *op. cit.*, p. 19).

⁷⁷ Mauro Cappelletti, lembrando as lições de Piero Calamandrei, faz referência ao sentimento do juiz: a simpatia, a antipatia por uma parte ou por uma testemunha, o interesse, o desinteresse por uma questão ou argumentação jurídica, a abertura para um tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretação das leis, antes que uma interpretação rigidamente formal; o interesse ou o desinteresse frente a uma completa vicissitude do fato. (CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – América, 1974, p. 4).

3.2 Tipologia das provas no processo penal: a lógica de Malatesta⁷⁸

Uma vez identificado que a prova está diretamente ligada à formação do convencimento humano, especificamente o convencimento do julgador, à modelagem de sua certeza; é importante discorrer sobre a tipologia das provas no processo penal. Para tanto, é interessante tomar como referencial doutrinário os ensinamentos de Nicola Framarino dei Malatesta como assim o faz a maioria dos doutrinadores⁷⁹. Para fins muito mais didáticos, repetir-se-ão as suas lições no desiderato de que o leitor adquira uma visão mais ampliada de como as provas podem ser confeccionadas no âmbito do direito processual penal.

É verdadeiro que a colheita da prova como consequência de se lograr alcançar a verdade não é o objetivo do processo. A instrumentalidade do direito processual, hoje indiscutivelmente aceita, não autoriza tomá-lo como seu desiderato o alcance da verdade⁸⁰. O processo, atualmente, tem vistas à efetivação da justiça. É óbvio que não se pode admitir justiça dissociada do verdadeiro, porém é comum ocorrer de um processo não chegar a termo, na seara do processo penal, com a efetiva elucidação do fato criminoso, isto é, a ocorrência da infração, com todas as suas nuances, e o seu autor, apurando-se também a culpabilidade deste com a imposição da sanção penal. Em contrapartida, não tem lugar, necessariamente, afirmar-se que, nesta hipótese, o processo não tenha alcançado os seus escopos. A despeito disto, como a busca da verdade é uma busca que acompanha o homem na sua trajetória, ela não pode ser relegada, mormente no campo do direito. Assim é que em todos os tempos houve uma preocupação mais ou menos ordenada ao nível metodológico, mas sempre se teve em conta a prova.

Na sua obra “A Lógica das Provas em Matéria Criminal”, Malatesta inicia por analisar os estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade, isto é, como eles podem se apresentar. Nestes, o autor afirma que a prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade e, assim, a eficácia da prova está condicionada ao despertar no homem a sensação de haver alcançado a verdade. Se a prova é dirigida à formação da verdade no espírito humano, o mestre afirma a necessidade de estudar a moldura como se pode encontrar o espírito humano a quem se dirige a prova. Assim, pode-se ter a ignorância, a dúvida ou a

⁷⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das Provas em Matéria Criminal**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

⁷⁹ A exemplo de Rogério Lauria Tucci, Moacyr Amaral Santos, Adalberto José de Camargo Aranha, Marco Antonio de Barros, Fernando da Costa Tourinho Filho, dentre outros.

⁸⁰ Dinamarco aponta que são escopos do processo: Jurídicos, Políticos e Sociais, sendo estes, pacificação com justiça e educação. (DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*).

certeza. Quanto à ignorância, não é relevante para o direito porquanto é um estado absoluto de ausência de conhecimento. Ao direito interessará o estado de dúvida, que pode ser afirmativo, quando os motivos positivos se sobrepõem aos negativos, ensejando um estado de probabilidade; a dúvida no estado negativo, quando os motivos negativos são mais fortes que os positivos, dando lugar, destarte, ao improvável, e, ainda, a igualdade entre os motivos, que dá ensejo ao crível no sentido específico. A superação dos motivos positivos leva à certeza.

Quanto ao estado de espírito de certeza, Malatesta afirma que a certeza não se confunde com a verdade objetiva. Pode ocorrer certeza do que é absolutamente falso. A certeza é um estado subjetivo de espírito. A partir da idéia de indivisibilidade, a forma como a certeza advém ao nosso espírito é determinada pela inteligência (verdade inteligível) e pelos sentidos (verdade sensível). A inteligência, requisito indispensável para alcançar a verdade, pode ser exercitada para tal êxito de duas formas, intuitiva (aquisição da verdade diretamente, intuição imediata) ou reflexivamente (aquisição da verdade de forma mediata, pela reflexão). O raciocínio aqui se faz atuar diretamente para alcançar a verdade. Da verdade inteligível se depreende a “certeza puramente lógica”, porquanto, nesta modalidade, utiliza-se apenas a intuição e dela deriva a percepção imediata. A verdade inteligível, quando a certeza não advém de forma imediata, tem-se a certeza derivada da primeira percepção direta, que dela decorre a certeza que se busca. Isto ocorre pela via da reflexão.

A certeza puramente lógica, isto é, a decorrente da verdade inteligível ou reflexa, não é suficiente para a seara do direito criminal, dado que no crime concorrem fatores humanos não apreensíveis pela lógica, quer indutiva quer dedutiva. Não prescinde, o direito criminal, da verdade sensorial. Verdades sensíveis são as que são apreendidas pelos sentidos, que apreendem tanto as materiais quanto as morais. A verdade inteligível dá origem à lógica e a verdade dos sentidos dá origem ao que Malatesta refere como sendo a certeza simplesmente física, ou somente física, como denomina.

As verdades sensíveis podem ser materiais ou morais. As materiais são percebidas pela intuição e pela reflexão. As morais, somente pela reflexão.

Quando a verdade sensível, que é a seara do direito criminal, se apreende apenas pela intuição, chega-se a uma certeza a que o mestre denomina de certeza simples. Quando a apreensão de uma verdade sensível se dá pela via da reflexão, terá lugar uma certeza mista. A certeza mista é muito mais a verdade sensível quanto à reflexão, ou seja, à inteligência está agregado o raciocínio. Daí se afirmar que o raciocínio é a primeira fonte de certeza em matéria criminal. É o fio condutor do conhecido para o desconhecido.

Estabelecidas as espécies de certeza, Malatesta volta os olhos para a análise do sujeito da certeza. Neste aspecto, enfoca o juiz porque, por meio de um raciocínio dedutivo, uma vez que a certeza é um estado da alma, conclui que a certeza é o próprio espírito do julgador. Aquilo que o mesmo apreendeu da observação. Entretanto, historicamente, desenvolveram-se critérios legais para a apuração da certeza, o que ele denominou de provas legais. De acordo com o sistema, a certeza legal pode ser mais ou menos completa, a depender da margem de apreciação que o próprio legislador tenha conferido ao juiz para apreciação da prova. Refuta a possibilidade de estabelecimento prévio de critérios legais para formação da certeza. Afirma que a prova tem um objeto e um sujeito absolutamente mutantes, ou na sua expressão, “objeto e sujeito variabilíssimos”. Assim, não é possível se tomar critério previamente estabelecimento para a formação do espírito do julgador que, por si só, também se apresenta mutante nos seus juízos dos casos concretos.

Voltando à segunda forma de estado de espírito, a probabilidade (preponderância de motivos positivos sobre os negativos) diverge da certeza porque, enquanto aquela não admite a existência de motivos divergentes da sua crença; esta é plena de motivos maiores e menores, que convergem ou divergem da afirmação, respectivamente. Neste particular, tece crítica ao entendimento doutrinário de afirmação de que a certeza em matéria criminal não passa de mera probabilidade. Na verdade, tal entendimento é equivocado eis que a certeza, sendo manifestação subjetiva, advém quando, na mente do julgador, não obstante os motivos negativos, eles existem, porém não são considerados com o condão de desconstituir a certeza que alcançou a mente do julgador. Na probabilidade, os motivos negativos são ainda considerados. Assim, não há a certeza. Isto é, a certeza não tem em conta a inexistência de motivos negativos, porém eles não são de nenhuma forma objeto de valoração por parte do julgador quando a alcança.

Na segunda parte de sua obra, Malatesta adentra a questão da prova, iniciando por afirmar que a prova pode ser vista sob dois aspectos, quanto à natureza e produção e quanto ao efeito que produz sobre o espírito do julgador. Quanto a este aspecto, resolve-se na certeza, na probabilidade e na credibilidade. Quanto ao primeiro aspecto é que toda obra se desenvolve, cuja evolução inspirou os autores que se preocuparam com a matéria a partir de então.

Define-se prova como sendo, em geral, a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza. Não obstante esta definição, em matéria criminal não há lugar para a credibilidade porquanto não se fala de fato, mas de realidade verificada. Quanto à probabilidade, também não atende, pois

para um veredicto no âmbito criminal, não se prescinde da certeza. Porém, a prova de probabilidade pode, uma vez acumulada, ser prova de certeza.

Quanto à classificação da prova em relação à sua natureza e à sua produção, pode-se afirmar que a prova pode ter três critérios de classificação, a saber, conteúdo (ou objeto), sujeito que a produz, e a forma que se apresenta.

Quanto ao conteúdo (ou objeto), a prova pode ser direta ou indireta. Quanto ao sujeito, prova pessoal e prova real. E, por fim, quanto à forma a prova pode ser testemunhal, documental e material. Um aspecto interessante aventado por Malatesta é a classificação usual à época de indícios, prova testemunhal, confissão e documento. Nesta, o autor aproveita para, refutando-a absolutamente, afirmar que o indício é uma especialidade de classificação de prova relativamente à substância. Assim, todas as demais provas podem ter por conteúdo um indício.

Quanto à classificação em prova direta e indireta, no processo criminal, as provas devem se referir ao delito, que é a verdade particular que se procura verificar por meio do processo instaurado. Quando a prova se constituir na análise do objeto imediatamente, tem-se a prova direta. Quando a prova se constituir na análise do objeto mediamente, isto demandando um raciocínio, estar-se-á diante de uma prova indireta. Às provas indiretas se aplica o raciocínio experimental, isto é, passando do geral para o particular, pelo método indutivo. Um juízo é uma relação entre duas idéias. Se as idéias são idênticas, tem-se um juízo de relações de identidade, juízo analítico. Se as idéias são diversas, um juízo de diversidade ou juízo sintético.

A diversidade de argumentos probatórios leva a duas espécies de provas indiretas: a presunção, que é prova indireta em relação de identidade; e o indício, que é prova indireta em relação de causalidade.

As demais classificações das provas, a classificação subjetiva das provas e a classificação formal das provas, não relevam ao presente estudo esmiuçá-las, razão pela qual apenas se pontuará a adoção também destes critérios de classificação. Ademais, é a classificação mais comum na doutrina nacional. Agora, interessa ao presente estudo tecer alguns comentários acerca dos indícios, isto é, como são vistos pela doutrina, se são efetivamente prova, e se assim são, de que natureza, a que tipo de conclusão se chega, a de probabilidade ou de certeza? Será objeto de enfrentamento no item seguinte.

3.3 A prova indiciária

É importante destacar que todas estas aparentes digressões não são por acaso. A análise a que se procede em cada capítulo tem por objetivo dar suporte teórico à investigação que se pretende no final, que é o *encontro fortuito*, centro deste trabalho. O objetivo é, sobretudo, do cotejo com os entendimentos esposados pela doutrina acerca do tema, firmar o convencimento a que se chega ao final, com um suporte doutrinário minimamente denso. Neste sentido, é que também se reveste de importância o estudo dos indícios, que será desenvolvido nas linhas seguintes.

A evolução tecnológica vivenciada na modernidade repercute em todos os âmbitos da sociedade, modificando o homem em seus valores, sentimentos, necessidades. Repercute acarretando, não raro, efeitos negativos, a exemplo do impacto à natureza que compromete para além da saúde humana, compromete a própria existência humana na terra. A tecnologia também atinge o homem na sua individualidade, a exemplo da tecnologia das comunicações que põe em estado de vulnerabilidade a própria intimidade, a vida privada. Não obstante isto, certo é que diante de um perfil muito menos infausto, é possível vislumbrar o lado positivo da ciência. Assim é que podemos identificá-la na evolução da ciência criminal, com a aquisição de métodos avançados de investigação. A biometria, técnica que utiliza partes do corpo como meio de identificação, por exemplo, pode, e com grande êxito, ser utilizada na investigação e elucidação de crimes. O progresso tecnológico dá sinais de que determinará mudanças no direito criminal, diante da remodelação de antigos métodos de investigação criminal. Não há dúvida de que isto, na seara processual, trará modificações sobremaneira relevantes. Um dos institutos que mais sentirá os efeitos da tecnologia, o que já vem ocorrendo, é o da prova, em especial o da prova indiciária. Como já advertia Luigi Lucchini:

Há um preconceito na doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza do que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à história e a física. O indício é sempre subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja esta bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo⁸¹.

⁸¹ LUIGI, Lucchini *Apud* COELHO, Walter *in Prova Indiciária em Matéria Criminal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 14-15.

Desmistificando a prova indiciária, que sempre encontrou forte resistência por parte de renomados doutrinadores⁸², temos que é de grande utilidade e aplicabilidade no direito processual penal até mesmo porque reduzir o conhecimento humano às fontes diretas de percepção é empobrecer o seu campo de conhecimento⁸³. Neste sentido, faremos considerações sobre a conceituação dos indícios, o posicionamento que ocupam no campo da teoria da prova e, ao fim, seu valor probante.

É importante observar que a nossa legislação processual penal faz referência ao indício conceituando-o como sendo a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias⁸⁴. Refere também a indícios suficientes de autoria em situações excepcionais, a exemplo, decreto de prisão preventiva, recebimento de denúncia, decretação de interceptação da comunicação telefônica, prisão temporária etc. Indícios, nesta acepção, nada têm a ver com a prova indiciária a respeito da qual são tecidas as presentes considerações. Trata-se de análise subjetivo-racional feita pelo magistrado das investigações até então empreendidas. Na primeira referência, o indício tem na sua gênese a presença de um fato provado diretamente que, por raciocínio indutivo, autoriza afirmar a certeza de outro fato, então desconhecido.

Neste sentido, é valioso referir ao que dito por Andrés Martínez Arrieta, Magistrado do Tribunal Superior Espanhol, quando analisando a diferenciação naquela legislação entre indícios quando se tratem daqueles que autorizam o início do processo penal, e a prova indiciária. Assim se manifestou:

O indício ao qual nos referimos, quando falamos de prova indiciária, supõe um elemento fático que autoriza uma dedução, como consequência dele, e permite afirmar um fato oculto. O indício, portanto, aparece desprovido de todo elemento racional, é um dado objetivo que permite por sua posterior conexão a uma regra de experiência, da ciência ou, inclusive,

⁸² Andrés Martínez Arrieta, em artigo sobre a prova indiciária anotou que o estudo deste tema conta com a dificuldade decorrente da inexistência de regulação processual e ao escasso estudo doutrinário que lhe tem sido dispensada. Refere, ainda, a posicionamento de Ellero que afirmou: “bem seja pela execrável recordação da tirania, sob a qual a mais leve suspeita levava ao patíbulo, quer por qualquer outra causa, o certo é que os indícios tardaram muito em ser admitidos na prova criminal, e quando chegaram a sê-lo o foi depois de grandes hesitações. Ainda hoje, onde é vigente o sistema legal da certeza, a prova que deles resulta, se tem por demasiada débil ou por muitos limitada”. (ARRIETA, Andrés Martínez in *La Prueba en Proceso Penal*. v. 12. Madri: Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1993, p. 54).

⁸³ Antonio Dellepiane argumenta que a prova indiciária é a prova rainha. Seu prestígio advém não só pelo maior crédito acordado aos indícios, mas também pela desconfiança que começam a inspirar provas antes estimadas em alto grau, como a testemunhal e a documental. (DELLEPIANE, Antonio, *op. cit.*).

⁸⁴ Cf. Art. 239, do Código de Processo Penal.

de sentido comum, a inferência, através da lógica, de um fato-consequência ou fato-oculto, ao qual se refere a atividade probatória⁸⁵.

Igualmente à terminologia prova, a palavra indício também incita polêmicas quanto à sua própria etimologia. De origem latina, *indicium*, alguns sustentam que provém de *induco*, ou seja, da preposição *in* com o verbo *ducere*, significando “levar” ou “conduzir a”; por outro lado, há quem entenda provir do verbo *indicare*; e, ainda, os que associam a palavra a *index* (dedo indicador), ou seja, “aquilo que indica ou aponta para alguma pessoa ou coisa”⁸⁶.

Roque de Brito Alves, após percuciente análise da etimologia da palavra, lançou a seguinte definição:

Indícios são quaisquer sinais, vestígios, atos ou fatos que, apesar de não elucidarem ou descobrirem devidamente uma coisa ou evento, deixam-nos entrever. Restritamente, os indícios do fato são ou constituem os dados, coisas vestígios ou sinais que estão relacionados, de uma forma indireta ou incompleta, com dito fato e sua autoria, objetiva e subjetivamente, sem tê-los revelado inteiramente, claramente⁸⁷.

Malatesta afirma que indício é um tipo de prova indireta que decorre de um raciocínio que parte do conhecido para o desconhecido a luz do princípio da causalidade. Diversamente, a presunção, outro tipo de prova indireta, parte do conhecido para o desconhecido, valendo-se, entretanto, do princípio da identidade. Logo, indício não é presunção e vice-versa⁸⁸. Afirma, por fim, que indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio de uma relação de causalidade. Quando na premissa maior do raciocínio probatório se atribui uma causa a um efeito, ou vice-versa, o raciocínio é indicativo⁸⁹.

Mittermaier os coloca como, aliados às presunções, tipo de prova artificial e afirma, como indica o próprio nome, o dedo que mostra um objeto; que contém em si mesmo um fato

⁸⁵ ARRIETA, Andrés Martinez, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁶ COELHO, Walter, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁷ ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

⁸⁸ Carnelutti afirma que a categoria dos indícios corresponde na dogmática do direito penal àquelas que no campo do direito civil se chamam presunções (CARNELUTTI, Francesco *apud* ALVES, Roque de Brito, *idem*, p. 54. Roque de Brito Alves admite serem distintos os indícios e as presunções. Refere à lição de Vicente de Azevedo: “Por outras palavras, eis a diferença entre indício e presunção: indício é uma circunstância ou fato conhecido que serve de guia para descobrir o outro. De um fato conhecido, se deduz o outro. O conhecido indica o outro. Presunção é a operação mental, a interferência que, por via de raciocínio, ou de experiência deduzimos do indício conhecido” (AZEVEDO, Vicente de *apud* ALVES, Roque de Brito, *ibidem*, p. 14).

⁸⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei, *op. cit.*, p. 186.

indiferente, se acha isolado, mas que toma grande importância quando o juiz o vê se ligar a um outro⁹⁰.

Posto que indício é uma prova indireta, obtida pelo raciocínio lógico, é importante identificar a sua força probatória. É verdadeiro que a força probatória de cada indício somente pode ser auferida casuisticamente, isto é, a partir da análise da relação de causalidade, a sua força específica que vincula o conhecido ao desconhecido. A este respeito, é interessante transcrever o que afirma o mestre Malatesta quando referiu ao valor probante dos indícios:

No indício a coisa que se apresenta como conhecida é sempre diversa da coisa desconhecida que se faz conhecer. Ora, uma coisa conhecida só nos pode provar uma coisa desconhecida diversa, quando se nos apresente como sua causa ou como seu efeito, porquanto entre coisas diversas não há, como demonstramos, senão a relação da causalidade que possa conduzir de uma a outra. A coisa conhecida, que, enquanto serve para indicar a desconhecida, pode chamar-se também coisa indicadora, pode apresentar-se tanto como uma causa, como um efeito; e esta coisa indicadora pode consistir em um fato interno da consciência, ou em um fato externo do mundo.

Quanto aos fatos internos da consciência, vemos bem claramente, que eles, quer como causa, quer como efeito, só podem dar lugar a indícios contingentes. É útil, por isso, somente, falar de novo sobre a eficácia probatória possível dos fatos externos.

O fato externo que serve de coisa indicadora, se se apresenta como potência causal, só pode provar o seu efeito de um modo mais ou menos provável; nunca de um modo certo; porque no campo das coisas contingentes, causas (no sentido de potências causais) que devem produzir necessariamente um dado-efeito, não existem.

[...]

Mas dissemos que uma coisa faz induzir outra como sua causa não só pelas modificações formais, mas também pelas modalidades substanciais. Por outros termos, uma coisa pode evocar a sua causa não só enquanto é modificada, mas enquanto é produzida: não a modificação, mas o natural e substancial modo de ser da coisa pode fazer pensar na sua causa. [...] Ora, é entre efeitos desta espécie e as suas causa que o espírito humano percebe por vezes relações não simplesmente ordinárias, mas constantes: e nestes casos o indício não é contingente, mas necessário.⁹¹

A partir desta transcrição, podemos caracterizar uma classificação de indícios quanto à sua força probante: indícios necessários, que trazem a certeza, porquanto fundados em uma relação de causalidade constante; e indícios contingentes, posto que fundados em uma relação ordinária de causalidade. O valor probante dos indícios, portanto, não deverá nunca ser fixado previamente, por lei ou por critérios interpretativos estanques, mas deve ser visto,

⁹⁰ C.J.A. MITTERMAIER, **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2004, p. 421.

⁹¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei, *op.cit.*, p. 209-210.

casuisticamente, isto é, dentro da densidade da relação de causalidade que vincula o conhecido ao desconhecido. Índícios necessários traduzem a certeza necessária à condenação, e, por óbvio, não são tão freqüentes, mas, podem ocorrer no mundo dos fatos.

Quanto aos indícios contingentes, estes podem ser subdivididos em: indícios contingentes de probabilidade, ou seja, os que apresentam maior convergência dos motivos para crer que dos motivos para não crer em um determinado fato; indícios contingentes de credibilidade, quando apresentam igualdade entre os motivos. Estes, por sua vez, não têm relevância para a ciência criminal, não valem como prova, posto que só se prestam, ainda relativamente, a comprovar a possibilidade de um fato, nunca a realidade do mesmo, quer dizer, prestam-se a afirmar a possibilidade de ocorrência do crime, nunca a sua efetiva realidade. Aqui interessam os indícios contingentes prováveis e estes, quanto à graduação da probabilidade, podem ser do tipo verossímil e provável⁹².

Não se busca a verdade real no processo penal, ou melhor, busca-se atingi-la não obstante se ter a consciência do inatingível. A falácia da verdade real cede lugar à busca da certeza, que não é outra coisa senão a verdade aplicada à consciência do julgador traduzida na certeza da realidade dos fatos e suas circunstâncias.

A sentença condenatória não terá nunca suporte em probabilidades. De reverso, também não se tenha a expectativa de alcance da verdade, no sentido filosófico. A certeza, esta absoluta, permeará a consciência do julgador. Absoluta porque não pode existir dúvida racional. Os indícios, como dito, podem trazer esta certeza e, desta forma, serem suportes probatórios de decisão condenatória em processo penal. Disto não se tem dúvidas, mormente quando se está diante de indícios necessários, como já aventado. Quanto aos indícios contingentes de probabilidade, também deles poderá advir a certeza para ensejar julgamento condenatório. Assim pode ocorrer quando, no curso da investigação probatória, novas provas advêm e o transmudam de indícios de probabilidade para indícios de certeza.

Entretanto, dado que são provas que demandam raciocínio, eis que não há critérios objetivos, legais para auferir a sua valia, o grau de potência, os indícios necessitam ser avaliados pelo julgador com muita cautela.⁹³ A doutrina estabeleceu dois critérios para avaliação do indício e reconhecimento de seu valor probante. Fala-se dos motivos infirmantes e dos contra-indícios. Mas, do que se tratam? Nesta questão, mais uma vez valem as lições de

⁹² Ressalve-se que, como afirma MALATESTA, esta graduação não pode ser auferida objetivamente, precisamente.

⁹³ Registra-se alguma tendência na doutrina e legislação de estabelecer critérios positivos para auferir valor probante dos indícios. É muito usual na doutrina nacional e na estrangeira o exemplo da Carolina, ordenamento judicial penal de Carlos V, *Constitutio Criminalis Carolina*. Lá se consignavam como indícios o depoimento de um só testemunha e a confissão extrajudicial.

Malatesta que, no laborioso compêndio multicitado, trouxe considerações indispensáveis ao conhecimento da matéria.

O julgador, diante dos indícios quando do julgamento, deve proceder considerando os motivos negativos para não emprestar crença aos indícios, o que se denominam de motivos infirmantes, motivos que os enfraqueçam, invalidem ou mesmo os anulem. Ainda, deve considerar também eventuais provas que contradigam os indícios, que são denominadas contra-indícios⁹⁴.

Motivos infirmantes são considerações de ordem subjetiva que o julgador considera como tais baseado na experiência, utilizando-se do raciocínio. São de índole subjetiva porque não têm respaldo em prova constante dos autos. É o abrir o leque de todas as possibilidades que se pode tomar quer como causa quer como efeito daquele indício apresentado para compor o acervo probatório em um dado caso concreto⁹⁵. Diversamente é o contra-indício. Neste caso se trata de verdadeira prova, quer indiciária quer direta, que se opõe àquele indício, cuja ponderação do valor probante se propõe. O contra-indício é uma verdadeira contra-prova. Assim, o contra-indício pode contradizer a prova indiciária de duas formas: refutando o indício sob o seu aspecto subjetivo⁹⁶, ou contraditando o indício quanto à sua objetividade de prova, quanto ao seu conteúdo probatório⁹⁷.

Concluindo, merece referência o que dito, já no ano de 1914, por Salvatore Messina quanto à forma de avaliação da prova indiciária. Enumerou seis fatores básicos que devem ser devidamente ponderados na avaliação da prova indiciária: 1º) a certeza da circunstância indiciante; 2º) o correto enunciado da proposição geral a ser relacionada com a dita circunstância indiciante; 3º) a lógica relação entre a circunstância indiciante e a proposição geral; 4º) a conjunção, isto é, concordância e convergência dos vários indícios no que respeita ao fato probando; 5º) a independência, ou seja, a originária diversidade de onde procedem os

⁹⁴ Aqui pertinente é um exemplo dado por Malatesta: “a consideração de que o objeto encontrado junto do acusado e apresentado como pertencente ao ofendido, possa, por vezes, ser um objeto semelhante ao do ofendido e pertencente legitimamente ao acusado, não é senão a consideração de um motivo infirmante da subjetividade do indício, e não já um contra-indício”. (MALATESTA, Nicola Framarino dei, *op. cit.*, p. 223).

⁹⁵ Walter Coelho aponta que motivos infirmantes ou contra-indícios são hipóteses a serem consideradas, enquanto circunstâncias infirmativas ou contra-indícios são fatos, isto é, provas que se opõem aos indícios, ou às ilações decorrentes da prova indiciária. Contra-indício é o contramotivo que, saindo do mundo abstrato de meras conjeturas, vem a se corporificar como um dado concreto de real peso e significação probatória. (COELHO, Walter, *op. cit.*, p. 72-73).

⁹⁶ Merece referência a título de ilustração, o exemplo dado por Malatesta: “ao fato de um objeto encontrado junto do acusado e que se julga pertencer ao ofendido pode se opor como prova, que aquele objeto não é precisamente o objeto que se julga pertencente ao ofendido, mas um objeto semelhante possuído pelo acusado anteriormente e ter-se consumado o crime. Ao fato da inimizade entre o ofendido e o pretendido ofensor pode se opor a prova de que a inimizade tinha cessado anteriormente ao crime”. (MALATESTA, Nicola Framarino dei, *op. cit.*, p. 224).

⁹⁷ Também outro exemplo desenvolvido por Malatesta: “no caso de envenenamento, ao indício que provem da posse do arsênico, pode se opor a prova de que o arsênico fora comprado e empregado para destruir ratos”. (*Idem*, p. 224).

indícios, posto que autônomos, oriundo de pontos distintos, apontarem na mesma direção; 6º) o final cotejo e ajuste dos indícios com as demais provas do processo⁹⁸.

3.4 A prova ilícita

Neste tópico será objeto de análise um dos mais importantes aspectos deste trabalho monográfico. A questão da ilicitude da prova. Mais uma vez se reafirma que não se trata de digressão, mas, sim, de aspecto cuja abordagem é imprescindível a refutar alguns entendimentos doutrinários, sobretudo os que dizem da impossibilidade de valoração das provas obtidas de forma fortuita, ou, como se prefere, do *encontro fortuito*. Este na perspectiva exclusiva do *encontro fortuito* ocorrente em interceptação das comunicações telefônicas.

Como já afirmado, sobretudo na atualidade, a problemática da prova proibida é bastante evidente. Identificam-se avanços em países do eixo central de desenvolvimento, a exemplo, Alemanha, Espanha, Portugal. Pode-se afirmar que, em certa medida, é mais tranqüilo estudar tal problemática, porquanto nesses países existe a vivência mais próxima da eficiência de um Estado de Direito, com o asseguramento mínimo dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isto, naqueles países se resente de maiores compilações doutrinárias acerca do tema, ou melhor, de posicionamentos pacíficos. É tosco, ainda, o desenvolvimento doutrinário, e polêmico também o entendimento jurisprudencial. Avanços ocorrem, na medida em que a complexificação da criminalidade e o incremento da tecnologia, sobretudo, da comunicação, se avizinha. Muito mais tortuoso o problema se apresenta se analisada a problemática com enfoque nos países periféricos, onde o respeito aos direitos humanos é pífio. Apesar dessas dificuldades, é imperioso abordar o tema. Merece transcrição o que dito por Manuel da Costa Andrade:

A vida oferece, assim, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos (*Gefahrenabwehr*). Hipóteses que têm levado a doutrina e a jurisprudência a questionar-se sobre a possibilidade de recurso a figuras como a legítima defesa e o direito de

⁹⁸ MESSINA, Salvatore *Apud* COELHO, Walter, *op. cit.*, p.15.

necessidade em ordem à justificação de meios ou métodos de prova, em geral, proibidos⁹⁹.

Neste capítulo, interessa a prova obtida por meios ilícitos. Adotando-se a classificação de Nuvolone, também referida por Adalberto Camargo Aranha¹⁰⁰, as provas quanto ao momento de apreciação podem ser tidas por ilícitas, isto é, as obtidas com violação à norma de direito material quando da obtenção da prova; e provas ilegítimas, por ofensa à norma procedimental, isto é, quando da sua produção, de sua introdução no processo criminal.

Tal classificação também é encampada na doutrina estrangeira sob a nomenclatura de proibição de prova e regras de produção de prova¹⁰¹. É um paralelo entre a prova ilícita e a prova ilegítima. Para Figueiredo Dias, as regras de produção de prova, uma vez violadas, não teriam o condão de acarretar a proibição de valoração da prova. Importariam, quando muito, a responsabilidade disciplinar do que a violou¹⁰². Peters também nesta mesma linha afirma que as regras de proibição de prova são:

Ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. As regras de produção da prova têm assim uma tendência oposta à das proibições de prova. Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo¹⁰³.

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal dispõe que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. O nosso legislador constitucional optou por, expressamente, e extensível a todos os tipos de processo, não somente ao penal, mas também ao administrativo, tributário, civil etc., consignar a proibição de provas que advenham de meios ilícitos. Aqui somente interessa discorrer acerca da prova ilícita obtida em processo criminal ou ainda em fase preliminar de investigação para, no futuro, instruir processo criminal. Para tanto, deve-se, primeiramente, discorrer sobre o que vem a ser prova ilícita. Quando e em quais circunstâncias a prova será reconhecida ilícita e, assim, inadmissível? Qual o limite da ilicitude da prova, isto é, a simples declaração da ilicitude já determina a exclusão da prova,

⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre a Proibição de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 82.

¹⁰⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 51.

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 446.

¹⁰³ PETERS *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *op.cit.*, p. 85.

ou, em que medida deve ser a ilicitude para ensejar a sua exclusão do processo? São estas as indagações as quais serão dadas respostas nas linhas seguintes.

A prova é o foco central do processo penal. Como já visto, ela é que vai formar o convencimento do julgador acerca dos fatos postos para julgamento. Trará, ou não, a certeza dos fatos e suas circunstâncias. Com um enfoque eminentemente garantista, a nossa Constituição não prescinde do respeito aos direitos humanos na condução do processo, na atuação judicial e, sobretudo, na esfera do direito processual penal, eis que trata de exercício puro do *jus puniendi*.

Ada Pellegrini Grinover afirma haver uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países e, assim, não serão provas lícitas aquelas colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais¹⁰⁴. Elucidativa também é a lição de Eugenio Pacelli de Oliveira no sentido de que a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, isto é, provas obtidas com violação de direitos, tem dupla função. A primeira é a tutela dos direitos e garantias individuais, e, a segunda, a tutela da própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo¹⁰⁵.

Via de regra, pode-se apontar que os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e ao domicílio são os mais vilipendiados no âmbito do sistema penal¹⁰⁶. Prefere-se referir ao sistema penal e não somente ao processo penal, porque tais violações são até mais ocorrentes quando ainda em fase de investigação, isto é, na fase que precede à instauração da ação penal, e, conseqüentemente, à judicialização da demanda. A garantia da qualidade do material probatório a ser introduzido no processo penal para formação do convencimento do juiz deve ser preservada elegendo-se meios que sejam compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, meios que não sejam os da tortura ou outros estados que traduzam a inconsciência do cidadão investigado.

Merece ser lembrada a lição de Camargo Aranha quando estabelece o que deve ser tomado por prova ilícita. O autor firma que em razão do preceito constitucional (art. 5º, LVI) e pela lei processual civil (art. 322), de aplicação supletiva ao processo penal, as provas

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, 2000, p. 82.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, *op. cit.*, p. 340-341.

¹⁰⁶ O art. 32º, da Constituição Portuguesa, que trata das “Garantias de Processo Criminal”, traz, no item 8, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Assim, observa-se que o ordenamento jurídico português optou por não se utilizar da nomenclatura “ilícita”. Preferiu referir à prova nula e, casuisticamente, elencou em que circunstâncias a prova será nula.

obtidas contra a lei são provas proibidas, assim como também as que afrontam os costumes, à moral e a algum princípio geral de direito¹⁰⁷.

Ao fim de dar garantia à convivência social pacífica, o Estado detém a legitimidade do *jus puniendi*. Exerce a força legítima na perspectiva de otimização da vida em sociedade, desenvolvendo-a com respaldo nos princípios da liberdade e justiça. Entretanto, tal legitimidade não é absoluta, pois encontra limites no respeito aos direitos e garantias individuais. Não se concebe um Estado de Direito em que não haja respeito aos direitos e garantias individuais. Desvirtuar-se-ia a sua própria essência. Assim, está afastada a busca desenfreada da verdade. A busca da verdade real, como afirma Castrillo, não é mais um valor absoluto, mas condicionado, limitado pelos valores éticos e jurídicos do Estado de Direito¹⁰⁸.

Hassemer chega a afirmar que a verdade material não é mais o objetivo da fase de produção no Processo Penal. A meta deste é, antes de tudo, a obtenção formalizada da verdade. Afirma:

O Direito Processual Penal coloca diante do juiz, com sua compreensão cênica, uma tarefa que ele absolutamente não pode realizar: buscar a verdade, porém não a qualquer preço. O preço são os direitos humanos que servem como meio de prova. Estes direitos custam a apuração integral da verdade. O juiz tem que estar de olhos atentos para produzir um caso que contenha somente uma parte das informações relevantes, porque a outra parte é tabu. O próprio Direito o impede de experimentar tudo que deveria saber para fundamentar sua sentença sobre um caso “verdadeiro”. O que ele descobre não é a verdade material, mas a “verdade forense” obtida por caminhos formalizados; e a ela é dirigida a compreensão cênica no Processo Penal¹⁰⁹.

A verdade real não é mais a meta almejada pelo juiz diante de um caso criminal. A transmutação desta meta em meta de certeza advém, sobretudo, da consignação do princípio constitucional da proibição da prova obtida por meios ilícitos.

Se é certo que a prova ilícita é a obtida com infringência à norma material, especialmente aos direitos fundamentais, é certo também que não se concebe que tais direitos sejam absolutos. Como já afirmado no capítulo 2, os direitos fundamentais detêm sempre ínsita uma possibilidade de excepcionalidade. É esta possibilidade que assegura, paradoxalmente, a coerência do sistema jurídico. Não há, pode-se dizer, colisão de direitos

¹⁰⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *op.cit.*, p. 54.

¹⁰⁸ CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. **La Prueba Ilícita Penal – Estudio Jurisprudencial**. 2. ed. Navarro: Aranzadi Editorial, 2000, p. 29.

¹⁰⁹ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 213.

fundamentais, mas prevalência casuística de um sobre o outro. A proporcionalidade é o instrumento que fará o papel de fiel da balança no cotejo dos interesses em conflito diante de um caso concreto. Da constatação da relatividade de direitos fundamentais, no caso concreto, advém a tendência moderna de mitigação da impossibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e sua validação no âmbito do processo. É pacífico hoje que há incompatibilidades, circunstancialmente, entre o interesse público e o privado. Isto é, o limite da conjugação entre o direito do Estado de investigar, ajuizar e punir, com o direito dos particulares à preservação dos direitos fundamentais. A exemplo do que aponta Eduardo de Urbano Castrillo, a questão abre os limites ou restrições que pode suportar um cidadão quando a máquina policial/judicial entra em seu âmbito. O autor afirma que, segundo o mais Alto Tribunal espanhol, o princípio da proporcionalidade é o que há de facilitar a solução correta em cada caso. Assim, o artigo 8 do Convênio Europeu de Direitos Humanos, que foi ratificado pela Espanha em 26 de setembro de 1979, refere que as medidas de intervenção, em geral, serão exclusivamente as necessárias, e necessário quer dizer o que seja adequado a uma exigência social imperiosa e proporcional à finalidade legítima perseguida com a ingerência. Continua, o autor, afirmando que a proporcionalidade se projeta em várias direções: gravidade do fato, viabilidade da medida, interesses afetados, transcendência da questão. Não se pode considerar em abstrato senão de forma equilibrada, harmônica e motivada com o correspondente controle judicial para efetiva realização e prosseguimento¹¹⁰.

É incontestável que os modelos paradigmáticos da teoria da proibição da prova são o americano e o alemão. Manuel da Costa Andrade os tomou também como referência para, em laborioso estudo, discorrer acerca do tema no direito português¹¹¹.

O autor, analisando, em retrospectiva histórica, os institutos da *exclusionary rules* e as *beweisverbote*, norte-americano e alemão, respectivamente, afirma que são de conteúdos distintos. O primeiro tem em conta que a proibição de prova tende a privilegiar a dimensão processual, enquanto o segundo, tem em conta o primado da vertente substantiva. Ou seja, na tradição da doutrina e da jurisprudência alemães, somente pela via oblíqua a tutela processual intervém e finda por ganhar certa autonomia. Explica-se:

A tradição do direito norte-americano desde a Magna Carta (1215) demonstra que os tribunais apresentam tendência de privilegiar, ou subsidiar decisões, amparadas em preceitos eminentemente processuais. Assim, têm em conta a proteção do *privilege against self-incrimination* (*V Amendment*), os preceitos relativos a buscas e apreensões (*IV Amendment*) e,

¹¹⁰ CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres, *op. cit.*, p.33-34.

¹¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*

principalmente, a cláusula do *due process of law* (*XIV Amendment*). Influi, sobremaneira, o modelo essencialmente acusatório, do processo judicial norte-americano, em que o juiz se queda impassível diante do desempenho da acusação e da defesa. Por intermédio da proibição de valoração de provas, o que se pretende é controlar as fronteiras dos limites da atividade policial, relegando, a tutela material à mera consequência derivada da proibição. A tradição do *common law* traduz maior flexibilidade do direito, decorrendo disto uma extrema importância às decisões judiciais. Como afirma Manuel da Costa Andrade, disto decorre o caráter essencialmente disperso e fragmentário do direito norte-americano, especificamente. Diferentemente, o direito germânico conta com maior rigor e, efetivamente, constrói uma sólida e sistemática dogmática do direito das proibições de provas.

O direito germânico, em contrapartida, por intermédio da proibição de provas, tem em vista um compromisso com uma compreensão fundamentalmente material da proibição de prova, também com vistas a coibir violação aos direitos fundamentais. Entretanto, é assente no Tribunal Constitucional Federal que se deve privilegiar dois tópicos: os direitos da personalidade e a invocação da ponderação de interesses como instância de legitimação possível do seu sacrifício.

Manuel da Costa Andrade identifica mais semelhança do direito português com a orientação alemã. Ressalta, contudo, alguns avanços na legislação portuguesa, sobretudo porque, após a Constituição Federal em vigor, vieram a lume alguns dispositivos constitucionais que aclararam os entendimentos doutrinários que ainda estão efervescendo na Alemanha, não obstante serem majoritários entre a doutrina e a jurisprudência, entretanto, não gozam, ainda, de previsão legal.

Os ordenamentos constitucional e infraconstitucional portugueses optam por uma descrição casuística, um desenvolvimento minudente da teoria da proibição de prova, e, com isso, mitiga a aplicabilidade do princípio da ponderação de bens. Como afirma Manuel da Costa Andrade, além de garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como direitos fundamentais erigidos à condição de verdadeiros bens jurídicos. Recorda que a atual Constituição Portuguesa, aliada ao Código de Processo Penal, trazem verdadeira teoria de proibição da prova, e, assim consignados, funcionam de forma a mitigar a aplicação jurisprudencial da ponderação de bens, valendo, primeiramente, a análise já empreendida pelo legislador. Desta forma, o norte de atuação do aplicador fica bem mais marcado, já com um caminho bem mais trilhado do que se houvesse lacuna na legislação, prescindindo-se de regulamentação mais minudente. É, como se afirma,

o âmbito de incidência da regra da proporcionalidade ficou já quase exaurido quando da atuação legislativa eis que a legislação processual penal portuguesa é bastante recheada de preceitos que dizem diretamente da proibição de provas.

Como paradigma de tal opção legislativa, cite-se a consignação do direito à palavra erigido à condição de direito fundamental¹¹². A legislação processual também consigna o problema do valor probatório de gravações e fotografias e, neste sentido, traz a previsão de um ilícito penal acaso produzidas sem observância das normas processuais do meio de obtenção de prova¹¹³. Merece destaque também o que o ordenamento jurídico português anota ao elaborar distinção entre proibições de produção e proibições de valoração, como demonstram os artigos citados retro.

No âmbito do direito brasileiro, guarda-se muita semelhança com o direito português, o que não exclui, tanto num quanto noutro, a possibilidade de imprevisibilidade apriorística de situações concretas, nas quais se deva valer, necessariamente, da ponderação de bens, como se assemelha a hipótese do *encontro fortuito*.

A nossa Constituição Federal também empresta cunho de direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem. Ainda, reserva ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas o mesmo *status*¹¹⁴. Entretanto, nosso legislador infraconstitucional não foi tão exauriente no trato da proibição de provas quanto o foi o português. É o que se observa do Título VII, do Código de Processo Penal. Ressalve-se quanto às interceptações das comunicações telefônicas quando no art. 10, da Lei nº 9296/96, criou um tipo penal específico para interceptações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebra de segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados por lei. Outro exemplo que merece ser gizado é a criminalização da tortura em nosso ordenamento penal. Nesta perspectiva, também se põe em relevo o aspecto material substantivo da proibição da prova em nosso sistema jurídico.

¹¹² Artigo 26º (outros direitos pessoais) 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoa, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

¹¹³ Artigo 167º (valor probatório das reproduções mecânicas) 1. As reproduções fotográficas, cinematográficas, e fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2. Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no Título III deste Livro.

¹¹⁴ Art. 5º, X e XII, da CF. A nossa Constituição já optou, diferentemente da portuguesa, por referir, no próprio texto constitucional, a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, artigo que foi regulamentado no âmbito infraconstitucional pela Lei nº 9296/96. O direito Português a regulamenta no próprio CPP, nos artigos 187 a 190.

O ordenamento jurídico-processual brasileiro não é pleno de regulamentação quanto à proibição de provas, deixando, desta forma, a critério da jurisprudência a análise caso a caso da possibilidade de produção e aproveitamento de prova ilícita, ou seja, a produzida com violação a direito fundamental. É verdadeiro que, antes da Constituição Federal de 1988, adotava-se, quase à unanimidade, o entendimento da admissibilidade da prova ilícita uma vez que se tinha em mente a busca da verdade real, e, a tanto, admitia-se todo o meio de prova eficaz ao desiderato do esclarecimento da verdade. Reservava-se eventual atribuição de responsabilidade administrativa ou penal aos que porventura infringissem a lei, sem, contudo, deixar de reconhecer aquele dado elucidativo da verdade, ainda que alcançado à custa de sacrifício de valores morais, da integridade corporal etc. Com a promulgação da Constituição atual, ganhou peso o entendimento da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito¹¹⁵. Assim, e até hoje, vem se firmando a jurisprudência dos nossos tribunais, sendo vasta a jurisprudência neste sentido. Contudo, também se firmou entendimento de que a inadmissibilidade da prova ilícita não pode ser afastada a menos que seja para benefício da defesa. Também é despiciendo elencar julgados nesta linha, porquanto se pode afirmar que vem sendo pacífico este entendimento. A idéia de proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência só vêm admitindo na perspectiva de benefício à defesa.

Posta a questão, importa indagar: o que determina tal posicionamento? A que se deve tamanho casuísmo? Será que os princípios constitucionais são estanques, devendo ser interpretados de forma isolada sendo sempre, em qualquer hipótese, de fazer valer incontestavelmente? Não parece razoável desconhecer a criminalidade altamente organizada e, desta forma, dotada de meios, inclusive tecnológicos, esteja em vias de superar, se é que assim já não ocorreu, a deficiente máquina estatal? Ou será mesmo que o direito à segurança e à paz são menos valiosos que a liberdade individual, ou mesmo a intimidade?

Neste sentido, emblemático é o que esposado por José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁶. Na oportunidade, o autor nos ensina, primeiramente que, quanto à admissibilidade de provas adquiridas com infração à norma jurídica, duas correntes se apresentam: a primeira, que advoga que o interesse da justiça na descoberta da verdade deve sempre prevalecer de sorte que a ilicitude da obtenção da prova não subtrai o seu valor. A prova, desta forma, será admissível sem prejuízo da apuração de responsabilidade, e imposição de sanção, ao infrator. Pela segunda, radicalmente oposta, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico,

¹¹⁵ Entendimento capitaneado por Ada Pellegrini Grinover.

¹¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº 337, p. 125-134, ano 1997.

nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio. Assim, o Poder Judiciário não pode legitimar prova obtida por meios ilícitos. Questiona-se, não seria plausível uma posição intermediária? Não seria mais razoável deixar ao juiz a apreciação do caso concreto? Correntes surgem também neste sentido, isto é, na reserva ao juiz da apreciação da gravidade do caso, da índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade das partes para a produção da prova¹¹⁷. Correntes advogam, portanto, a idéia de proporcionalidade, tão usual no direito alemão.

Tanto plausível é a adoção da proporcionalidade que os nossos doutrinadores e tribunais têm por pacífico o seu reconhecimento em benefício da defesa. Se assim se reconhece, não se estaria negando vigência ao princípio, igualmente constitucional, de igualdade das partes? Poder-se-ia cogitar da supremacia do Estado, na figura do Ministério Público, e, assim, para ensejar a própria igualdade, contraditoriamente, privilegiaria a defesa com a benesse da proporcionalidade. Efetivamente, na conjuntura atual, sobretudo em países periféricos, – aqui se reafirma a maior dificuldade de estabelecer conteúdos e princípios, dada a carência quase absoluta de asseguramento por parte do Estado, de direitos fundamentais, além da deficiência da própria engrenagem do Estado -, constata-se que a criminalidade está se organizando de tal forma que se torna ridículo, em muitas vezes, comparar a sua infraestrutura àquela do seu mais forte oponente, o Estado.

Uma visão bastante realista aporta Barbosa Moreira:

A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, nº XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor *sempre*, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade¹¹⁸.

¹¹⁷ Neste particular, Barbosa Moreira, objetando o contraponto de que a liberdade do julgador ensejaria uma sobrecarga de subjetivismo à decisão, afirma que já é muito freqüente a ocorrência de situações em que o juiz, albergado pela lei, emite juízos subjetivos, a exemplo dos conceitos jurídicos indeterminados, “mulher honesta”, “bons costumes”, “interesse público” etc. Quanto ao argumento de aberrações decorrentes do uso do princípio da proporcionalidade, o renomado autor, afirma: “É o caso de perguntar se porventura nunca se poderão mostrar mais aberrantes os resultados da estrita observância da proibição de levar em conta qualquer prova cuja aquisição se afigure ilegal”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *op. cit.*, p. 127)

¹¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *op. cit.*, p. 129.

Efetivamente, a consignação explícita da inadmissibilidade de provas ilícitas no texto constitucional foi mesmo fruto de um momento histórico anterior à promulgação da Carta. Momento de autoritarismo político em que não raro se assistiam a violações aos mais básicos direitos humanos. A inclusão, portanto, de tal princípio, não permite deixar de reconhecer que se tratou de uma atitude em represália a tais práticas autoritárias. O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita está afinado com toda a teleologia da Constituição Federal, que é tradução inequívoca de um Estado de Direito, de compromisso inolvidável, portanto, com o respeito aos direitos e garantias. Entretanto, tomá-lo de forma sectária, sem admissibilidade de mitigação, também, e exclusivamente, em favor de direitos que transcendam muitas vezes a esfera individual, mas igualmente relevantes, é equivocado. Se assim o toma, oportunas também são as palavras do mestre Barbosa Moreira:

Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada¹¹⁹.

¹¹⁹ *Idem*, p. 134.

CAPÍTULO 4: A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

4.1 Interceptação: considerações gerais

O enfoque é o *encontro fortuito*. Como tal, é preciso que seja traçado, de logo, o que se deve entender por interceptação telefônica, seara em que se faz possível a ocorrência de *encontro fortuito*, e da qual se cuida, neste trabalho, exclusivamente.

A origem do termo interceptação é atribuída à fusão das palavras *inter* e *capio*. Buscando a etimologia da palavra interceptação, vê-se a impropriedade do termo no âmbito do direito, pois, conta com dupla significação: 1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas¹²⁰, e, em ambos os significados, percebe-se que interceptar determina a solução de continuidade. Na hipótese de interceptação das comunicações telefônicas se depreende que não visa a obstar o curso, mas, sim, apreender, com gravação ou não, o teor da conversão. Seria mais adequado que o legislador houvesse empregado o termo “apreensão do teor de comunicação telefônica”.

Os doutrinadores pátrios, a exemplo de Luiz Francisco Torquato Avólio, considerando a captação eletrônica de provas, optam por subdividi-la em seis hipóteses, a saber: interceptação telefônica *stricto sensu*; interceptação telefônica conhecida por um dos interlocutores, ou escuta telefônica; interceptação de conversa entre presentes, ou interceptação ambiental; interceptação de conversa entre presentes conhecida por um dos interlocutores, ou escuta ambiental; gravação da própria conversa telefônica, ou gravação clandestina; e, por fim, gravação de conversa pessoal e direta, entre presentes ou gravação clandestina ambiental¹²¹. O termo interceptação diz respeito à captação de conversa telefônica sem o conhecimento dos interlocutores. A escuta diz respeito à captação das comunicações telefônicas quando há conhecimento de pelo menos um dos interlocutores. A doutrina portuguesa, diversamente, reconhece o vocábulo “escuta” aplicável à espécie “interceptação telefônica”, sem fazer distinção do termo¹²².

Na hipótese do presente trabalho somente interessa a interceptação telefônica *stricto sensu*, isto é, aquela que não prescinde da figura de um terceiro, alheio à conversação, não

¹²⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 957.

¹²¹ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato, *op. cit.*, p. 93.

¹²² Ver VALENTE, Manuel Monteiro Guedes e MATA-MOUROS, Maria de Fátima.

prescindindo, também, do desconhecimento dos interlocutores. Geraldo Prado afirma que a interceptação se refere à captação da conversa telefônica entre dois ou mais interlocutores (ou dos dados transmitidos por essa via ou meio análogo) por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer deles. A escuta telefônica, por sua vez, é a mesma captação, por terceiro, mas com a anuência de um dos interlocutores. Complementa afirmando não haver ilicitude na gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores e assim também na sua divulgação sem o consentimento do outro, apenas quando haja justa causa para a conduta¹²³.

Mais adequado o entendimento de que a Lei n° 9296/96 trata, especificamente, da figura da interceptação *stricto sensu*. A doutrina diverge neste sentido, isto é, se a Lei contempla ambas as hipóteses, tanto a de interceptação de comunicação telefônica por terceiro, estranho, como a de apreensão de comunicação com o conhecimento de um dos interlocutores¹²⁴. Efetivamente, por coerência, é de se ver que a Lei refere, expressamente, à expressão, interceptação que, etimologicamente, pressupõe atuação de terceira pessoa. Além do mais, como bem afirma Vicente Grecco Filho, a gravação clandestina ou ambiental e a interceptação consentida soam irregulamentáveis no âmbito do inciso XII, do art. 5°, da Constituição Federal, dependendo a sua licitude, ou ilicitude, do confronto do direito à intimidade com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição de correspondência pelo destinatário (art. 153, do Código Penal)¹²⁵. É na hipótese da interceptação *stricto sensu* que se identificará a hipótese do *encontro fortuito* e, sobretudo, de hipóteses de validade considerando-se o princípio da proporcionalidade.

No direito constitucional ao sigilo das comunicações, no tocante especificamente às comunicações telefônicas, foi explicitamente reconhecida a possibilidade de relativização, isto é, a possibilidade de sua mitigação, em situações extremas, valendo-se da proporcionalidade, na perspectiva de alcance da idéia de justiça. Em situações de colisão do direito ao sigilo com outro direito fundamental, admite-se, desta forma, e aqui explicitamente previsto pela norma constitucional, a sua violação. Neste sentido, a Constituição Federal estabeleceu a necessidade

¹²³ PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 50-51.

¹²⁴ Ada Pellegrini Grinover refere “é irrelevante indagar a respeito da existência de conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. É possível que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que um consinta com ela. Embora a doutrina prefira falar, só no primeiro caso (interceptação executada à revelia de ambos os interlocutores), em interceptação *stricto sensu*, e, no segundo caso (interceptação conhecida e consentida por um deles), em “escuta telefônica”, em ambos os casos a “*terzietà*” está presente, e tratar-se-á de interceptação subsumível à lei”. (GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 103).

¹²⁵ GRECCO FILHO, Vicente, *op. cit.*, 1996, p. 6.

de complementação pela via da lei infraconstitucional, e desde que se trate de subsidiar instrução de processo criminal¹²⁶.

A admissibilidade da prova obtida por meio de interceptação telefônica, lícita, portanto, está condicionada ao atendimento dos pressupostos específicos previstos em lei infraconstitucional, na hipótese a Lei nº 9296/96. Poderá haver situações em que, não obstante preenchidos os pressupostos legais, dentre eles, um reste aparentemente desatendido. Isto ocorre na hipótese de se lograr descobrir fato diverso do que previsto inicialmente e em razão do qual teve ensejo a determinação judicial de interceptação telefônica. Ou, ainda, a hipótese de descoberta da prática de um crime por terceira pessoa que não tenha sido objeto de investigação por parte da interceptação das comunicações telefônicas determinada por ordem judicial. São as hipóteses de *encontro fortuito*.

Para o estudo do *encontro fortuito*, é necessário antes tecer algumas considerações acerca dos pressupostos legais à interceptação das comunicações telefônicas, o que se fará a seguir. Dentre eles, o juiz competente, a forma de decretação, os pressupostos específicos das medidas cautelares como se afigura a interceptação telefônica, e, por fim, as hipóteses legais de decretação *strico sensu*, isto é, o tipo de criminalidade que a lei reconhece admissível a interceptação telefônica.

4.2 O juiz competente

Como não poderia deixar de ser, porquanto cuida de relativização de direito fundamental, a interceptação telefônica somente poderá ser feita nos moldes estabelecidos pela Lei que a regulamenta e atendendo-se à previsão constitucional¹²⁷. É a hipótese de limite

¹²⁶ Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, os tribunais se dividiram no sentido de se entender auto-aplicável, o preceito constitucional, e, assim, admitirem como lícitas as interceptações telefônicas empreendidas judicialmente. Entretanto, o entendimento jurisprudencial que vingou, e aí resolvida a questão, foi o de que não seria possível interceptação das comunicações telefônicas antes de regulamentação do dispositivo constitucional, o que ocorreu com a edição da Lei nº 9296/96. Neste sentido, pioneira e emblemática foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 69.912, DJ. 25.03.1994, onde foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Nesta decisão, STF entendeu que a nova Constituição Federal não havia recepcionado a Lei nº 4117, de 1962, Código das Telecomunicações, no tocante às interceptações telefônicas. Não se prescindia, portanto, de nova regulamentação da matéria.

¹²⁷ “Liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, porém, limitadas. Limitação de direitos fundamentais é determinação desses limites; ela determina o alcance material do direito de liberdade respectivo. Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição”. (HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 250).

à restrição de direito e garantia individual prevista na própria Constituição. J.J. Gomes Canotilho adverte que a restrição ao âmbito de proteção aos direitos e garantias individuais somente se poderá dar através da própria Constituição – *restrição constitucional expressa*, ou se a Constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – *reserva de lei restritiva*¹²⁸. Também aponta tal medida como obediente ao princípio da proibição de excesso que, no dizer daquele doutrinador, consiste em que:

No âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)¹²⁹.

Por óbvio, não pode prescindir de determinação judicial¹³⁰. No ordenamento jurídico brasileiro, consoante o que dispõe o art. 1º da Lei nº 9296/96, a interceptação das comunicações telefônicas terá lugar tanto na fase de investigação criminal como na fase da instrução criminal propriamente dita, isto é, tanto em fase de inquérito policial, quando ainda não iniciada a fase judicial, com o recebimento da ação penal pelo juiz, como quando no curso desta fase especificamente. A Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas somente contempla a possibilidade de interceptações quando para apurar crimes, ou seja, não se admite a medida excepcional para instrução de feito de natureza cível, por exemplo. Portanto, o juiz autorizador da medida deve estar no exercício da jurisdição criminal. Aqui independe se em exercício de jurisdição especial, podendo ser o juiz no exercício das funções eleitorais, se apura suposto crime da competência daquela justiça especial, ou mesmo juiz militar, também em hipótese similar.

No curso do processo criminal, a Lei é clara. O competente é o juiz presidente do feito. O que está na condução do processo, da ação principal, a que a referida Lei faz menção. Entretanto, quando se trata de interceptação de comunicações telefônicas que tenha lugar ainda em fase policial, ou seja, no curso de inquérito policial, alguma dúvida poderá surgir quanto à autoridade judicial competente para decretar a medida extrema. A determinação judicial, conforme reza o art. 1º, da Lei nº 9296/96, obedecerá à competência para processo e julgamento da ação principal, ou seja, para processo e julgamento do crime para cuja

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 602.

¹²⁹ *Idem*, p. 617.

¹³⁰ Merece destaque decisão do Presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush, que determinou, diretamente, quebra de sigilo telefônico sem necessidade de ordem judicial, no Programa Secreto de escutas telefônicas de combate ao terrorismo (www.jornaldamidia.com.br, de quarta-feira, 28 de dezembro de 2005). Em contrapartida, a imensa maioria das legislações estrangeiras, de Estados de Direito, condicionam a validade da interceptação à autorização judicial, a exemplo, do Código de Processo Penal Português, no seu art. 187º, 2.

elucidação tenha sido decretada a medida extrema. Pela disposição em vigor, o legislador optou por admitir a decretação da interceptação das comunicações telefônicas apenas ao juiz competente para o processo e julgamento da ação principal que porventura venha a ser instaurada em decorrência da medida judicial decretada. Ou seja, mais que a competência em razão da matéria, o legislador exige que o juiz que decreta a quebra do sigilo de comunicação telefônica seja o competente em razão do local de consumação do crime, da natureza da infração penal e da distribuição do feito. Luiz Flávio Gomes, comentando o dispositivo legal justifica a atitude minudente do legislador afirmando:

A exigência da lei de que a autoridade judicial seja a competente para a “ação principal” tem sua razão de ser: a interceptação é medida cautelar que envolve o sigilo das comunicações, isto é, a intimidade, a vida privada das pessoas por isso, tudo deve ser feito em “segredo de justiça”, para que poucos tenham conhecimento das incontáveis comunicações telefônicas do investigado ou acusado, não quer a lei nem sequer que muitos juízes venham a participar dessa medida cautelar. Estão em jogo direitos fundamentais, que constituem a base para o desenvolvimento da personalidade do sujeito. A revelação de uma comunicação telefônica que nada tem a ver com o que se investiga pode arrasar a vida de uma pessoa¹³¹.

Apreciando a consideração tecida por Luiz Flávio Gomes, deve-se tomá-la por impertinente. Leva ao entendimento de que quando o legislador estabelece o segredo de justiça assim o faz também quanto aos juízes, o que não parece plausível. Também merece referência que pelos argumentos expostos, o doutrinador traz ao processo penal o princípio da identidade física do juiz.

Também não bastassem os argumentos com os quais se refuta o entendimento esposado por Luiz Flávio Gomes, tem-se que parece que a orientação restritiva adotada pela Lei de Interceptação Telefônica não é a mais adequada. Assim é por dois motivos, ou melhor, tomando-se duas situações que, ocorrendo, tornariam inviabilizada a interceptação judicial das comunicações. Suponha-se que, a exemplo do Estado de São Paulo, onde há juízes designados para atuar junto às Centrais de Inquéritos, decidindo medidas cautelares de toda a natureza, tenha-se um destes juízes diante de um pedido de interceptação judicial de comunicação. Será o juiz competente para a ação principal porventura interposta? Obviamente que não. Será que apenas esta medida de natureza cautelar, os juízes que porventura tenham exercício naquele departamento não poderiam apreciar e decretar, contrapondo-se até no tocante à gravidade da medida às suas inquestionáveis competências

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 157.

para decretação de prisões provisórias? Luiz Flávio Gomes, também neste particular trazendo sua sempre valiosa opinião acerca desta hipótese afirma que:

Os juízes, em geral, são “designados” (exatamente para que o Tribunal possa, em algumas ocasiões, pretender ter controle sobre eles). Há muitas e honrosas exceções, mas é inquestionável que o “Juiz designado” não conta, em geral, com todas as garantias constitucionais: é removível, portanto, resulta tangenciada sua imparcialidade, sua independência, sobretudo interna. Não é Juiz previsto em lei, com o caráter da generalidade e da permanência. O que acaba de ser dito confirma que a Lei 9296/96 acertou no seu critério de eleger o “Juiz da ação principal” como o competente para autorizar a interceptação telefônica¹³².

Também quanto à justificativa transcrita, merece consideração para refutá-la porquanto está trazendo limitações que já há muito foram rechaçadas, - e hoje é pacífica a impertinência -, por nossos tribunais no sentido de ser reduzida a competência jurisdicional aos juízes substitutos. Outra situação que merece ser destacada para refutar o acerto do legislador ao determinar que o juiz competente para decretar a interceptação das comunicações telefônicas seja o juiz da ação principal é o de que no decorrer das investigações, e quando do oferecimento da denúncia, o juiz anteriormente competente, tem a sua competência negada em razão do local de consumação do crime, ou mesmo em razão da matéria, a exemplo, um crime de morte que antes se supunha homicídio e depois vingou, na opinião do representante do Ministério Público, o crime de latrocínio. Seria convalidada, a medida? Obviamente que sim. Então, de que vale tal previsão legal de competência pelo juiz da ação principal? Tal somente tem sido, e neste particular é óbvio, quando se trata de interceptação de comunicação telefônica que se dê no curso do processo judicial e não quando das investigações policiais.

Bem andou, então, a Comissão Ministerial do Anteprojeto para reforma da Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996, criada pelo então Ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, composta também pelos renomados juristas nacionais, Antônio Carlos de Almeida Castro, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luis Guilherme Vieira; ao referir no art. 5º apenas à autoridade competente, emprestando, portanto, um aspecto mais abrangente para reconhecer apenas a competência previamente estabelecida em razão da matéria, ou seja, se a interceptação telefônica só é admissível em processo ou investigação criminal, a autoridade deverá, necessariamente, ser a competente em matéria penal, e só! Porquanto somente se pode admitir

¹³² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, *op. cit.*, p. 159.

tamanha invasão à intimidade se para fins de elucidação de crimes e, ainda assim, crimes de cuja gravidade não se possa sequer questionar.

A legislação portuguesa ainda é mais elástica porquanto permite que a ordem judicial para a interceptação seja dada por juiz dos lugares onde eventualmente se puder efetivar a conversação ou comunicação telefônica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal¹³³.

4.3 Decretação de ofício ou a requerimento

O art. 3º da Lei nº 9296/96 dispõe que a interceptação das comunicações poderá ser decretada de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; e do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Esta é a disposição vigente em nosso ordenamento jurídico no tocante ao regime das interceptações das comunicações telefônicas. À análise superficial, de logo não escapam várias críticas. O dispositivo não parece guardar afinidade com o sistema acusatório, nem tão pouco com uma interpretação constitucional.

Não é difícil constatar três inconstitucionalidades no referido dispositivo. A possibilidade de decretação da medida *ex officio*, a prescindibilidade de oitiva do Ministério Público quando o requerimento foi formulado pela autoridade policial e, por fim, a ofensa ao princípio de igualdade das partes quando a Lei silenciou quanto à possibilidade da defesa também requerer tal medida. Destaca-se que tais inconstitucionalidades são tão evidentes que o Anteprojeto de Lei já citado, retificando, tratou de afastar a possibilidade de decretação de ofício da medida. Também expressamente consignou a necessidade de oitiva do representante do Ministério Público quando o requerimento é formulado pela autoridade policial, e, previu a possibilidade de requerimento formulado pela defesa¹³⁴. Outro não poderia ter sido o caminho seguido pela Comissão.

¹³³ GONÇALVES, M. Maia. **Código de Processo Penal anotado**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 427.

¹³⁴ Art. 5º. O pedido será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter: a clara descrição da situação objeto da investigação; a qualificação do investigado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada; a indicação da existência de indícios suficientes da prática de qualquer dos crimes previstos no artigo 1º; a demonstração de ser a operação técnica estritamente necessária e da impossibilidade de ser a prova obtida por outros meios.

§ 1º.

Quanto à inconstitucionalidade do dispositivo no tocante à possibilidade de decretação da medida *ex officio*, é patente porquanto ofende o sistema acusatório adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, Lenio Luiz Streck, afirmando a inconstitucionalidade, dispõe que, proceder de ofício macula a imparcialidade que, mesmo sendo ficção, ainda assim é uma ficção necessariamente útil¹³⁵.

A legislação portuguesa não traz no seu ordenamento jurídico-processual a possibilidade de decretação desta medida de ofício¹³⁶.

É verdadeiro que se deve admitir sempre uma atuação mais estendida, mais elástica, mais abrangente, do juiz no processo penal, comparando-se ao processo civil. É muito conveniente que se considere neste o interesse público mais evidenciado, e, desta forma, como maior probabilidade de vir a ser maculado. Assim, o nosso legislador considera quando, a exemplo do que dispõe no art. 502, do Código de Processo Penal, que o juiz pode determinar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. Considera que a busca da certeza no processo penal não poderá encontrar limites na inércia ou ineficiência ou desídia das partes. Observe-se que, neste momento, a atuação *ex officio* não enseja propriamente uma iniciativa que se poderia referir pioneira por parte do juiz, o que, por certo ocorre na hipótese de decretação *ex officio* de interceptação de comunicação telefônica. Isso deriva das próprias exigências legais outras constantes da Lei n° 9296/96, especialmente, a admissibilidade da interceptação das comunicações telefônicas quando não se afigure outro meio de prova apto à elucidação do fato.

De fato, se a imparcialidade não é hipótese concretizável, ainda assim, deverá ser meta ideal. Neste sentido, inadmissível se torna a possibilidade de decretação da interceptação de ofício.

Outro aspecto também interessante a destacar na Lei vigente é a dispensa de oitiva do representante do Ministério Público na hipótese em que o requerimento é formulado pela

§ 2º. O suspeito ou acusado, e, no caso do inciso XI do artigo 1º, o ofendido ou seu representante legal, poderá formular o pedido mediante requerimento dirigido ao juiz competente.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição – Cidadania – violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.81.

¹³⁶ As escutas telefônicas são tratadas no Código de Processo Penal português nos arts. 187 a 190. Neste sentido, interessante é que dito por Maria de Fátima Mata-Mouros: “O papel do juiz de instrução não é dirigir a investigação, ao contrário do que muitos ainda erradamente pensarão. Essa é, com efeito, atribuição específica do procurador que a exerce por intermédio da execução policial. Não é por iniciativa própria que o juiz determina uma interceptação telefônica. São os investigadores policiais que propõem ao procurador a realização das escutas telefônicas que, a seus olhos, se revelam necessárias ao prosseguimento da investigação. Se a proposta policial merece o acolhimento do procurador, este promove a sua realização ao juiz de instrução criminal, que a autorizará, ou não, consoante os elementos constantes do processo permitam, ou não, concluir pela necessidade e a adequação do recurso a um tal meio de prova”. Op. cit. p. 21.

autoridade policial¹³⁷. Mesmo diante do silêncio do legislador, assim como não é prudente ao juiz decretar a medida de ofício, não deve também dispensar colher a opinião do Ministério Público para apreciar o requerimento de interceptação, sob pena também de violar o sistema acusatório, vez que é o Ministério Público o titular da ação penal, detentor do *dominus litis*, e, como tal, deve participar da produção e colheita da prova. Também assim deve ocorrer porque, por força constitucional, detém o controle externo da atividade policial, que é a quem cabe conduzir a diligência probatória. Tem-se que, mesmo diante da vigência da Lei de Interceptação Telefônica, ocasião em que na abordagem desses dois aspectos, foi infeliz; o aplicador da lei não deve se abster de decretar a medida de ofício nem, tampouco, prescindir de colher o parecer do Ministério Público¹³⁸.

Entretanto, assim não poderá proceder, considerando-se a Lei em vigor, quando se vir diante da hipótese de requerimento de interceptação telefônica formulado pela defesa. Neste caso, deve, necessariamente, haver a alteração de *lege ferenda*.

É coerente com uma interpretação conforme a Constituição que se tem por admitir o requerimento de interceptação das comunicações telefônicas à defesa. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa restam maculados diante da vedação da Lei. É, como afirma Lenio Streck, a inviabilidade de a defesa “defender-se provando”¹³⁹.

A Lei nova que, por certo, deverá vingar como produto do trabalho de elaboração da Comissão designada pelo Ministro da Justiça, bem andou também quando já admitiu a possibilidade de a defesa, ou melhor, o suspeito ou acusado, usando a terminologia dos doutrinadores e membros da Comissão, também requerer interceptação telefônica, bem assim o ofendido ou seu representante legal, estes apenas quando se tratar de suposto crime de ameaça cometida por telefone. Neste caso, deve-se reconhecer que a Comissão pecou quando também não fez menção à obrigatoriedade de ciência do Ministério Público pelos mesmos fundamentos já expostos retro, ou seja, porque detém a *opinio delicti*, e no reverso, detém também a prerrogativa de requerer o arquivamento de inquérito policial e também porque detém o controle externo da atividade policial.

¹³⁷ Cf. nota anterior.

¹³⁸ Lenio Luiz Streck afirma que a dispensa de oitiva do Ministério Público quando se trata de pedido de interceptação das comunicações telefônicas enseja nulidade absoluta. (STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 76-77.

¹³⁹ *Idem*, p. 81.

4.4 O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*

Quanto às tutelas de urgência, ou tutelas cautelares, é importante frisar que é necessário ao provimento cautelar a ocorrência dos pressupostos genéricos do *fumus boni iuris* (a probabilidade de vitória de algum direito material que justifique a adoção de uma providência adotada instrumentalmente), e o *periculum in mora* (a probabilidade de que o tempo vulnerará a decisão final proferida quando da entrega definitiva da prestação jurisdicional).

A tutela cautelar, portanto, é útil a garantir a efetividade do provimento lançado pelo Estado-juiz no processo principal. Ou, ainda, quando satisfativa, como garantia da efetivação própria do direito material em contenda. O Processo Penal não traz no seu bojo a previsão de um processo cautelar, mas, sim, de medidas cautelares esparsas, porquanto não há uma ordenação metodológica, previsão também que se repete em várias legislações extravagantes. Não olvidando de que, mesmo não havendo no processo penal, - e aqui se inclua toda a legislação extravagante -, o processo cautelar dotado da autonomia como ocorre na esfera do processo civil, deve-se destacar que mesmo as medidas cautelares devem obedecer aos princípios e pressupostos deste processo.

Não se pode questionar que, mesmo não se tratando de um processo cautelar, as medidas cautelares também se subordinam aos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. No processo penal têm-se medidas cautelares que repercutem no âmbito pessoal, a exemplo as prisões processuais; e medidas cautelares que atingem o patrimônio, ou seja, medidas cautelares reais, que são o seqüestro e a especialização da hipoteca legal. Ainda, medidas cautelares atinentes à prova, como é a hipótese da interceptação das comunicações telefônicas e a cautelar de busca e apreensão no processo penal. Freitas Câmara traz elucidativa consideração acerca das medidas cautelares,

A definição da medida cautelar tem de se basear sempre na idéia, essencial para a sua exata compreensão, de que este provimento jurisdicional não é capaz de realizar o direito substancial afirmado pelo demandante, mas tão-somente se destina a assegurar que, no futuro, quando chegar o momento de se obter a satisfação de tal direito, estejam presentes as condições necessárias para tanto. A medida cautela não satisfaz, e sim assegura a futura satisfação. Por esta razão é que não se pode concordar com uma clássica definição deste tipo de provimento, segundo a qual esta medida seria “antecipação provisória de certos efeitos do provimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso do mesmo”. Por esta definição, estariam incluídas entre as medidas cautelares as medidas que

satisfazem antecipadamente a pretensão do demandante, sendo certo que, a nosso juízo, tais medidas não têm índole cautelar, devendo ser incluídas em outra espécie de tutela jurisdicional: a tutela antecipatória¹⁴⁰.

Transportando para o âmbito do processo penal, tem-se que o processo penal deverá ser, obviamente, o veículo para efetivação do Direito Penal. José Frederico Marques define o Direito Processual Penal:

Conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares¹⁴¹

O Direito Processual Penal está diretamente ligado à aplicação do Direito Penal. A instrumentalidade do Direito Processual Penal está precipuamente ligada à aplicação do Direito Penal que tem como objetivo primeiro a apuração de uma infração penal e sua autoria, na perspectiva de proteção aos bens jurídicos penalmente tutelados. Desta forma, pode-se inferir que ao Direito Processual Penal é mais usual a imposição de sanções penais.

Entretanto, é possível se tomar o Direito Processual Penal ligado não à imposição de pena, mas, também, a processos “não-condenatórios”, segundo terminologia de Frederico Marques. Ou seja, o Processo Penal não se valerá, apenas, para imposição da sanção penal. Outros pontos existem dentro deste ramo que não são apenas instrumentos de aplicação de pena. Merece destaque que a Constituição Federal trata também de medidas que visem a garantir o direito à reparação de dano decorrente de infrações penais e a decretação de perdimento de bens, por força de decreto condenatório.

Ações penais, e, via de conseqüência, processos penais diferenciados não servem para impor a sanção penal à pessoa que violou o ordenamento jurídico-penal, praticando um fato, ou omitindo-se, que a lei defina como crime. Há feitos em que o fim é diverso. Por exemplo, o processo de *habeas corpus* e os processos cautelares.

Frederico Marques aponta para a existência de um verdadeiro processo cautelar, diferenciado, portanto, do processo condenatório, ou seja, aquele que se desenvolve para o fim de apurar responsabilidade penal e, em conseqüência, a imposição de uma pena. Admite,

¹⁴⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. III, 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 17-18.

¹⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**, v. III, Campinas: BOOKSELLER, 1998, p. 36.

portanto, a existência de verdadeiro processo cautelar no processo penal dotado de autonomia nos moldes do processo civil. Entretanto, é mais correto afirmar que em sede de Direito Processual Penal não é possível se falar em processo cautelar, dotado, desta forma, do fim que é próprio a este tipo de processo¹⁴².

No processo penal freqüentemente o juiz toma decisões sem provocação das partes, isto porque cuida, neste ramo do direito, de uma função eminentemente de interesse público, e, assim, o seu atuar prescinde de um processo cautelar verdadeiramente. Adota, no resguardo daquele interesse, medidas de natureza cautelar no curso do processo penal de conhecimento ou de execução penal. No processo penal, como afirma Marcellus Pollastri Lima¹⁴³, não há propriamente a jurisdição como poder-dever de se buscar a jurisdição. Há a predominância do interesse público. Não há, como no processo cautelar, e nos demais tipos, o binômio jurisdição-ação, porquanto o juiz, via de regra, na decretação de medidas cautelares, atua de ofício.

Quando se adotam medidas cautelares, reais, pessoais ou referentes à prova, não se pretende assegurar a efetividade do provimento judicial, mas, sim, a efetividade da futura atuação jurisdicional, com o cumprimento da pena, elidindo a fuga do condenado, por exemplo, quando se tratam de medidas cautelares pessoais.

Também quando se trata de medida cautelar de natureza real, exemplo de que são seqüestro e especialização da hipoteca legal, não há a efetividade do provimento jurisdicional, tanto assim, que o que se pretende é, tão somente, o cumprimento de efeito secundário da sentença penal condenatória, ou viabilizar, subsidiar, eventual ação de reparação civil de dano.

Para Antonio Scarance Fernandes, as medidas cautelares no processo penal se dividem: medidas cautelares pessoais, medidas cautelares de natureza civil (real) e medidas cautelares relativas às provas¹⁴⁴. Esta classificação também é a adotada por Romeu Pires de Campos Barros¹⁴⁵. Tomando de empréstimo tal classificação, diz-se que as medidas cautelares pessoais são as previstas para o fim de restrição provisória da liberdade do acusado, isto com vistas à garantia da atuação do provimento jurisdicional futuro. Medidas cautelares reais são as que agredem, precocemente, o patrimônio, via de regra do acusado, para suportar eventual efeito secundário da sentença condenatória, qual seja, o de perdimento de bens em favor da

¹⁴² Na doutrina nacional, adotam este entendimento, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Rogério Lauria Tucci e Roberto Delmanto Júnior.

¹⁴³ LIMA, Marcellus Pollastri. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 96-97.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance, *op. cit.*, p. 312-313.

¹⁴⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 36.

União ou para assegurar a viabilidade de futura ação civil para reparação de dano decorrente da conduta criminosa. Por fim, a medida cautelar relativa à prova visa a resguardar o conjunto probatório que se prestará à apuração do ilícito e de sua autoria. Consistem, via de regra, na busca e apreensão, na produção antecipada de provas urgentes. Ainda, na legislação extravagante aponta-se como medida cautelar relativa à prova a interceptação telefônica judicial prevista na Lei nº 9296/96, que é objeto do presente estudo.

A interceptação telefônica judicial, como medida cautelar que é, tanto a que é decretada em fase de inquérito policial como a que é decretada quando em curso processo judicial, também está sujeita à identificação do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Neste sentido é o magistério de Ada Pellegrini Grinover:

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

Por sua vez, o *periculum in mora* está insito na necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova. A lei ainda firma o critério da estrita necessidade (não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis: inc. II do art. 2º). E no art. 4º repisa que o pedido de interceptação conterà a demonstração de sua necessidade para a apuração da infração penal¹⁴⁶.

Não se pode conceber que a mera suposição da ocorrência de crime e mera atribuição de sua autoria a determinado indivíduo autorizem a medida excepcional da interceptação telefônica. É preciso que exista a notícia da ocorrência de uma conduta criminosa bem como a atribuição plausível de que o investigado, ou acusado, seja o seu autor para se poder admitir a interceptação das comunicações telefônicas¹⁴⁷. De se concluir, portanto, que a interceptação das comunicações telefônicas deve ter respaldo em outro meio de prova, indiciária ou judicial. Esta, sim, justificará o deferimento da medida excepcional de quebra do sigilo.

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 107.

¹⁴⁷ Merece referência que a doutrina portuguesa afirma que é possível a decretação da interceptação telefônica mesmo sem existência de indícios da ocorrência de fato criminoso. “Dentro destes parâmetros foram estruturados os arts. 187º a 190º, que denotam inspiração nos arts. 258º a 261º do Projecto preliminar italiano. Mas diferentemente do que sucede no direito italiano (art. 267º, nº1, do CPP italiano) e em outras legislações, exige-se expressamente que haja razões para crer que a diligência se revelará de grande utilidade para a descoberta da verdade ou da prova, não se exigindo no entanto que existam já indícios do crime”. (GONÇALVES, M. Maia, *op. cit.*, p. 426).

4.5 Hipóteses legais de vedação à interceptação telefônica

Dois outros pressupostos devem estar presentes para a decretação da interceptação das comunicações telefônicas. É do que trata o art. 2º, da Lei nº 9296/96, que, talvez por imprecisão do legislador, conste a enumeração de forma negativa, ou seja, as hipóteses em que não se decretará a interceptação das comunicações telefônicas. Não obstante a falta de técnica legislativa deste artigo, conclui-se que, aliados ao pressuposto de decretação judicial da medida e pela autoridade judicial competente para a ação principal, tem-se que somente se pode conceber a interceptação desde que presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal cuja pena prevista seja a de reclusão, e, ainda, que esteja evidenciado que a prova daquela infração penal não poderá ser feita por outro meio de prova admitida pela legislação processual penal.

Quanto ao pressuposto da ocorrência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, tal pressuposto é condição *sine qua non* para todo o atuar do juiz quando diante de medidas acautelatórias. A saber, a decretação de prisão preventiva, da prisão temporária, o recebimento da denúncia, e, até mesmo, a busca e apreensão. Não poderia ser diferente quanto à interceptação das comunicações telefônicas. Se não há indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, não se pode decretar a medida extrema de violação da intimidade. O juiz tem que evidenciar na sua decisão em que consistiu a sua certeza de que presentes se encontravam os indícios de autoria ou participação em infração penal que justificou a decretação da medida. Esta certeza é pré-constituída, ou seja, meras suspeitas da prática de crime e meras conjecturas de que determinado indivíduo seja o autor ou participe de alguma empreitada criminosa não autorizam a decretação da invasão da intimidade do agente pela via da interceptação telefônica. A lei reservou ao juiz a análise da ocorrência da probabilidade de prática de crime por um determinado indivíduo, porém tal análise não é discricionária. O juiz deve explicitar na sua decisão os motivos pelos quais concluiu da probabilidade da ocorrência de autoria ou participação do agente investigado no cometimento de um crime. Provada a sua ocorrência, cabe ao juiz identificar se o fato sob apuração será, em tese, isto porque outra capitulação poderá vingar ao fim, do tipo punido com pena de reclusão.

Apesar de os regramentos da Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas nos moldes como acima referenciados, deve-se reconhecer que desde o seu nascedouro a Lei não foi vista com bons olhos pela doutrina nacional, gerando também polêmicas quando da sua

interpretação pelos tribunais. Críticas surgiram, ensejando a elaboração de vastos pronunciamentos doutrinários e judiciais. As censuras se fundaram, sobretudo, quanto à sua parcimônia no tocante à possibilidade de se determinar, judicialmente, a quebra das comunicações telefônicas para instrução de inquérito ou mesmo processo penal judicial, descuidando-se de estabelecer para apuração de quais delitos a interceptação seria possível¹⁴⁸. A Lei se limitou apenas a estabelecer que, desde que se trate de crime punido com reclusão, é possível autorização para quebra de sigilo das comunicações telefônicas, atendendo-se, aos demais pressupostos, quais sejam, indícios razoáveis de autoria e a evidência de que a prova não poderá ser feita por outros meios disponíveis, o que será objeto de apreciação adiante. Quão larga ficou tal previsão legal! Quão maculado restou o princípio da proporcionalidade, vetor de toda apreciação dos direitos e garantias fundamentais! O Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão Ministerial constituída pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Almeida Castro, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luis Guilherme Vieira, retificando tal falta e fazendo prevalecer, por conseguinte, a natureza excepcional da medida interceptação das comunicações telefônicas fechou o leque de possibilidades, restringindo a medida à apuração dos seguintes crimes: terrorismo; tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; tráfico de mulheres e subtração de incapazes; lavagem de dinheiro; contra o sistema financeiro nacional; contra a ordem econômica e tributária; contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão; falsificação de moeda; roubo, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado; homicídio doloso; ameaça quando cometida por telefone; e crimes decorrente de organização criminosa¹⁴⁹.

Admitir a interceptação das comunicações telefônicas condicionando-se apenas à investigação criminal de delitos punidos com pena de reclusão, como é a hipótese hoje prevista na Lei vigente, não compatibiliza a natureza excepcional restritiva de direito

¹⁴⁸ É de se observar que, na atualidade, sobretudo, em nosso País, diante da criminalidade cada vez mais em ascensão, há uma renovação da perspectiva de solução pela via autoritária do Direito Penal, com a mitigação de direitos e garantias fundamentais. Constata-se, hoje, uma tendência de utilização de recursos extremos, como é o da interceptação telefônica, como razão primeira do atuar, tanto da polícia judiciária como do Poder Judiciário. A interceptação da comunicação telefônica é medida cautelar relativa à prova, não podendo ser utilizada para fins processuais, a exemplo da localização de indivíduo para cumprimento de mandado de prisão provisória ou mandado de prisão decorrente de condenação com trânsito em julgado.

¹⁴⁹ Assim também se concebe a interceptação na legislação portuguesa. Lá consta a possibilidade da medida extrema considerando-se também o *quantum* de pena fixada em abstrato, no máximo, mas, também, estabeleceu-se uma relação casuística e exaustiva. O art. 187º dispõe que é admissível a interceptação telefônica e gravação de conversações ou comunicações telefônicas para apurar os crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; relativos ao tráfico de estupefacientes; relativos a armas, engenhos, matérias explosivas e análogas; contrabando; injúria, ameaça, de coação de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego, quando cometidos através de telefone (GONÇALVES, M. Maia, *op. cit.*, p. 425).

fundamental com a gravidade do crime que é objeto de apuração. É bem verdade que a eleição do tipo de punição, reclusão ou detenção, procedida pelo legislador, a tanto, considera-se a gravidade do crime. Contudo, mesmo se considerando os crimes punidos com reclusão, corre-se o risco de fugir do razoável, da proporção que deve ser guardada entre os bens jurídicos em apreciação. Assim, Vicente Grecco Filho, criticando também a opção do legislador, afirma:

Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “furor incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos; não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crimes em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor¹⁵⁰.

Limitar direitos fundamentais é, sobretudo, cotejar a repercussão das condutas nas condições de vida da comunidade. Konrad Hesse afirma que as limitações aos direitos fundamentais quando a Constituição confia ao legislador as formas diferentes de possibilidade de limitação assim o faz considerando que a limitação aos direitos fundamentais é, fundamentalmente, problema de concordância prática e a tarefa da concordância prática requer a coordenação “proporcional” de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais. Mais adiante, o autor afirma que a determinação proporcional nunca deve ser efetuada de forma a privar uma garantia jurídico-fundamental além do necessário. Para Hesse, a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada a produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Deve, portanto, ser necessária para isso, o que não seria o caso quando um meio mais ameno fosse suficiente¹⁵¹.

Canotilho, tratando também da colisão entre direitos fundamentais, subdivide a hipótese em dois grupos: colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado, e, neste grupo, argumenta que:

Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o carácter de “bens da comunidade”. [...] o bem “segurança pública” legitima certas restrições ao direito à liberdade e à segurança pessoal, designadamente através da instituição de medidas privativas de liberdade [...]¹⁵².

¹⁵⁰ GRECCO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁵¹ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 255-256.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 644-645.

Mais correto é elencar em rol taxativo os crimes para cuja investigação é admissível vilipendiar a intimidade por meio de interceptação das comunicações telefônicas. Caminhou bem, portanto, a Comissão acima referida. Entretanto, nada obstante o empenho da Comissão do Ministério da Justiça para elaboração do Anteprojeto de Lei que, sem dúvida, vem para aperfeiçoar a legislação atualmente em vigor, corrigindo-lhe as falhas identificadas, sobretudo pela análise da Lei pelos nossos tribunais; nesta hipótese, o Anteprojeto também pecou porquanto incluiu a hipótese de crime de ameaça cometida por telefone. Parece que, ao trazer o crime de ameaça cometido por telefone como uma das hipóteses de se determinar a interceptação das comunicações, foge do razoável, considerando-se os fundamentos retro expostos. É de se tomar que, os doutrinadores, incluindo tal previsão, levaram em conta apenas, e talvez, o pressuposto inscrito no inciso II, do art. 2º, da Lei atualmente em vigor, que também foi repetido no art. 5º do Anteprojeto de Lei, ou seja, a demonstração de que a prova não poderá ser obtida por outro meio. Tal opção foi infeliz porquanto não guardou a coerência com o princípio da proporcionalidade uma vez que, considerando o nosso ordenamento jurídico, o crime de ameaça, independentemente do *modus operandi*, é considerado infração de menor potencial ofensivo, a teor da Lei nº 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

É certo que não se pode relegar a importância mínima, eventuais ameaças, em especial as cometidas por telefone. São de máxima importância aquelas que advenham de organizações criminosas¹⁵³. O multicitado Anteprojeto de Lei já contempla a possibilidade de interceptação, impedimento, interrupção, escuta e gravação das comunicações telefônicas para apuração de crimes decorrentes de organizações criminosas e, assim, já seria bastante para reconhecer inserida nesta modalidade, a ameaça cometida por telefone desde que praticada por organização criminosa.

Quanto ao pressuposto inscrito no inciso II, do art. 2º, da Lei atualmente em vigor, que também foi repetido no art. 5º do Anteprojeto de Lei, ou seja, a demonstração de que a prova não poderá ser obtida por outro meio, é também motivo de preocupação. Como se demonstrará a impossibilidade de produzir a prova por outro meio sem a necessidade de interceptar comunicação telefônica? Ficará a critério exclusivo do requerente

¹⁵³ Recentemente, em 21 de março de 2007, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), do Senado Federal, aprovou dois projetos sobre segurança pública. Um deles trata de crime organizado e, neste se dá uma definição de organização criminosa, suprimindo, desta forma, omissão legislativa. Para a Comissão, organização criminosa é a associação de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza em alguns crimes elencados no texto votado pelos senadores. Entre esses crimes estão o tráfico de drogas, terrorismo, contrabando de armas, seqüestro, crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, homicídio qualificado, roubo qualificado, entre outros.

ou ao arbítrio do juiz, quando decretar a medida *ex officio*? E se ao fim das investigações surgirem evidências de que a interceptação das comunicações seria prescindível? Invalida-se a prova?

Sem dúvida, trata-se de análise circunstancial, caso a caso, da necessidade da medida. Lenio Luiz Streck, tratando a questão e, parafraseando decisão do Tribunal Constitucional Alemão, escreve:

[...] o juiz, quando da apreciação do pedido de interceptação, deve observar se a escuta/interceptação é o meio adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado, qual seja, a produção da prova criminal. Esse meio será adequado quando com o seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; será necessária a escuta quando não há outro meio para a realização da prova, igualmente eficaz, mas que não limite ou limite da maneira menos sensível o direito fundamental do cidadão¹⁵⁴.

A conclusão da inexistência de outro meio de prova a ensejar a apuração do fato criminoso é juízo da pessoa que o requer ou do juiz que decreta a medida de ofício, uma vez que a decretação da medida *ex officio* é admissível em nosso ordenamento vigente, não obstante as críticas já tecidas no item anterior. Entretanto, é preciso evidenciar, justificar os motivos que ensejaram o requerimento. Assim é que o art. 4º, da Lei nº 9296/96 determina que no pedido se demonstre a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal, indicando-se, ainda, os meios a serem empregados. Tal exigência se repete no art. 5º, do Anteprojeto de Lei. O juízo de conveniência da medida é formulado quando do requerimento, ou seja, a argüição de que outros meios não existem para investigar e elucidar o crime deve estar respaldada em fatos que estão ocorrendo naquele momento, ou melhor, naquele tempo há que restar evidenciado que outros meios não existem e, assim, se porventura ao final do procedimento se identificar que a medida era prescindível, tal constatação não invalida a prova produzida. Faz-se apenas um juízo de admissibilidade e não juízo de mérito como bem coloca Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁵.

Há a se considerar que o princípio da proporcionalidade deve ser regra e, com olhos voltados para ele, deve-se admitir a quebra do sigilo telefônico, melhor seria extirpar do ordenamento jurídico tal requisito. Desde que constasse rol taxativo das hipóteses em que se admite a quebra de sigilo, aqui considerando o bem jurídico de máxima relevância, a gravidade do crime objeto de apreciação, seria admitir como meio de prova para a elucidação de crimes de máxima gravidade, suplantada estaria qualquer leviandade do aplicador do

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz, *op cit.*, p. 87.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 108.

direito no deferimento de tal medida. Obviamente, não se poderia prescindir da prova do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* na forma como já exposta. De mais a mais, o Anteprojeto de Lei traz previsão de cometimento de crime àquele que divulga ou utiliza o resultado das operações técnicas realizadas nos casos, modalidades e formas previstas na Lei de Interceptação Telefônica, protegido por sigilo judicial.

A exigência de que a interceptação somente seja deferida na hipótese de a prova não poder ser feita por outros meios disponíveis vem de encontro ao princípio da busca da verdade no processo penal. É de se reconhecer que, quando da opção legislativa de reconhecer as hipóteses, considerando-se os tipos de crimes, onde poderá ter lugar, a medida de violação à intimidade, já se realizou o juízo de ponderação em que é plausível, naquelas hipóteses, a restrição do direito à intimidade, que, sabe-se, não é absoluto. Enveredar na análise da conveniência da medida considerando-se a inexistência de outros meios de prova disponíveis é emprestar caráter por demais casuístico e subjetivo à medida. O que inviabilizará o uso deste meio de prova, ou, não menos, deixará, ao crivo da polícia ou mesmo do magistrado a pertinência ou impertinência da medida.

CAPÍTULO 5: O ENCONTRO FORTUITO

5.1 A inusitada descoberta

Obedecidas as formalidades legais, identificada a pessoa investigada e o delito supostamente cometido, ainda assim, a interceptação das comunicações telefônicas pode surpreender. É possível que no curso da diligência surja suposta prática de delito diverso do que foi inicialmente objeto da medida cautelar, isolado ou mesmo com algum vínculo com o que foi o objeto material que ensejou o deferimento da medida restritiva pela autoridade judicial. É possível também que terceira pessoa que não foi alvo da diligência seja apontada como autora ou participe de outro crime também nas mesmas condições, ou seja, isoladamente ou guardando alguma relação com o que é objeto da interceptação. É o que a doutrina convencionou chamar de *encontro fortuito*, ou *descubrimientos casuales, accidentales* e, ainda, na doutrina alemã, *Zufallsfunden*. Entre os doutrinadores brasileiros, chama-se *encontro fortuito* a informação obtida em interceptação telefônica que traga indicações (indiciárias ou não) acerca de infração penal distinta da que estava sendo investigada pela mencionada via¹⁵⁶.

A modernidade alcançou também a criminalidade que em tempos de hoje se constitui, via de regra, em uma intrigante rede de ações criminosas. Estas não se efetivam em condutas isoladas. Não raras vezes, é somatório de vários delitos que dão sustentação à empreitada criminosa. É o tráfico de substância entorpecente que é abastecido pelo tráfico de armas, subsidiado pelo crime de extorsão mediante seqüestro ou até homicídios, assim por diante. Neste contexto, é razoável se admitir que a investigação surpreenda. A implementação da tecnologia da informação e comunicação aproveitou também a criminalidade. Neste sentido, a investigação criminal se tornou mais difícil. É possível, portanto, a descoberta inusitada. Também é razoável que, mesmo não se tratando de tipo de criminalidade organizada, o Estado possa se valer da tecnologia para o combate à criminalidade de gravidade extrema.

Há os que sustentam que não se pode referir apenas as descobertas casuais, ou *encontro fortuito*, nas hipóteses de interceptação das comunicações telefônicas. É possível que, no cumprimento de busca e apreensão de objetos ou pessoas, logre-se descobrir, por exemplo, certa quantidade de substância de uso proscrito. É uma descoberta inusitada e

¹⁵⁶ PRADO, Geraldo, *op. cit.*, p. 59.

igualmente problemática parece ser a sua apreensão¹⁵⁷. Anamaria Campos Tôres, enfrentando o problema, ao referir que a busca e apreensão, como medida cautelar que é, deve ser procedida considerando-se os fundamentos constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Não se tolera a validação de apreensões desprovidas do contexto judicial em que foi determinada. Assim é que valorar a busca e apreensão inusitada constitui em excesso, devendo ser evitado¹⁵⁸.

Retornando à abordagem específica deste trabalho, qual seja, a interceptação das comunicações telefônicas e, nesta, a possibilidade de surgimento de fatos diversos, ou pessoas diversas, dos que originariamente ensejaram a medida extrema de invasão da privacidade, neste aspecto, na verdade, mais correto é distinguir *encontro fortuito*, ou conhecimento fortuito, de conhecimentos da investigação. Desta distinção usual na doutrina estrangeira, sobretudo, e mais uma vez do que são exemplos Portugal e Alemanha, resolve-se, em parte, a celeuma doutrinária que se criou no Brasil em torno do tema *encontro fortuito*. Restringir o conceito para se excluir toda e qualquer descoberta casual no curso do cumprimento de uma determinada e específica medida processual penal de colheita de prova é desconhecer o caráter multifacetado da realidade que envolve as relações sociais, sobretudo os atos criminosos. Elastecer de forma a traduzir sempre em prova lícita também é um desprestígio ao direito fundamental à privacidade e ao sigilo. É preciso buscar o meio termo.

No âmbito da doutrina portuguesa, é corrente a distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos propriamente ditos. Manuel Gonçalves Valente, na esteira do que também refere Manuel da Costa Andrade, afirma quanto aos conhecimentos da investigação:

Como afirma WOLTER, a fronteira entre os *conhecimentos da investigação* e o objecto do processo é ténue e influe, substantiva e adjectivamente, a dogmática e a jurisprudência. Na linha de COSTA ANDRADE cumpre-nos diferenciar os *conhecimentos fortuitos* – *Zufallsfunde* – dos *conhecimentos da investigação* – *Untersuchungserkenntnissen* – no âmbito das escutas telefônicas.

¹⁵⁷ Manuel da Costa Andrade, analisando a questão da ocorrência de *conhecimentos fortuitos* afirma que a possibilidade de validação destes conhecimentos se afigura pacífica, no domínio das buscas. Assim o faz considerando-se o estatuído no art. 179º do CPP, ou ainda no § 108 da StPO alemã, que, autoriza a apreensão de todos os objetos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com o crime. O autor afirma ainda que a validade destes conhecimentos fortuito reside na circunstância de este meio de obtenção da prova ser admissível em relação a qualquer crime, por razões de economia processual, porquanto se evita a repetição de formas e diligências que ditam a apreensão direta ou a valoração probatória dos objetos que corporificam os *conhecimentos fortuitos*. (ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 277-278).

¹⁵⁸ “É arriscada uma construção jurisprudencial deste teor, pois torna sem limites a busca, posto que daquela apreensão não se cogitava e por conseguinte não havia dela indícios, logo, o que impediria ser plantada? Assim está se permitindo e valorando os excessos”. (*Idem*, p. 119).

Os *conhecimentos da investigação* são aqueles que, recolhidos por meio de escuta telefónica lícita, se encontram em uma relação de *concurso ideal e aparente* com o crime catálogo que fundamentou o recurso à escuta telefónica, que compreendem os *delitos alternativos* que comprovam de modo alternativo os factos do crime catálogo, que, no âmbito dos crimes que fundamentam a autorização relativamente ao crime de associação criminosa, que constituem a finalidade ou a actividade daquela, *i.e.*, como afirma RIESS, estes conhecimentos de investigação “integram o processo histórico que, a seu tempo, ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta”, e, ainda, em um plano de igualdade com os conhecimentos da investigação, se devem acrescentar a *comparticipação* (autoria e cumplicidade), as formas de *favorecimento pessoal, auxílio material e a receptação*.¹⁵⁹

Tal distinção, como referido, elucida a controvérsia da validade da prova obtida enquanto prova de fato novo desde que em relação processual com o crime cuja elucidação ensejou a medida extrema da interceptação das comunicações telefônicas porquanto se trata de conhecimentos de investigação e não de *encontro fortuito*. A controvérsia, portanto, não está diante de conhecimentos de investigação, isto, inclusive, no âmbito dos doutrinadores e tribunais brasileiros; mas, sim, diante dos conhecimentos fortuitos.

A seguir, será apresentada a evolução da matéria no âmbito do direito alemão, com as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais. Seguindo-se, serão identificadas as orientações doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do direito brasileiro, para, ao fim, concluir-se da possibilidade de validação do *encontro fortuito* enquanto prova efetiva, valendo-se da proporcionalidade, em algumas hipóteses, ou melhor, obedecendo-se a um pressuposto.

A partir da perspectiva de relativização de direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que a aplicação do direito não poderá se dá de forma estanque e eminentemente dogmática, desprovida de valoração axiológica e teleológica. Direitos fundamentais entram em zona de colisão circunstancialmente. Caberá ao juiz adotar nesse caso a melhor decisão quanto à valoração da prova, o reconhecimento da licitude ou ilicitude da mesma não estará condicionado à violação ou à não violação de algum direito fundamental, mas à supremacia casuística, diante de um caso posto para decisão, de um determinado direito fundamental.

Quanto à tratativa do problema no âmbito do direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência, tão logo da edição da Lei nº 9296/96, cuidaram de formular alguns questionamentos. Como já afirmado, não foi, assim, uma matéria pacífica no seio dos doutrinadores e no âmbito dos tribunais. As polêmicas surgidas foram resolvidas na sua maioria. Assim não ocorreu com a hipótese do *encontro fortuito*, como se concluirá.

¹⁵⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio Apuleiano!** Coimbra: Almedina, 2006, p. 79-80.

5.2 O *encontro fortuito* e a jurisprudência Alemã

Como já esposado em várias passagens, é destacadamente na Alemanha que são implementados e evoluem progressivamente os estudos doutrinários e se firmam posicionamentos jurisprudenciais com enfoque especial nos direitos fundamentais. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o jusnaturalismo tomou corpo e o respeito aos direitos e garantias fundamentais ganhou prevalência. Faz parte do ciclo da história a oscilação, a alternância de valores. Àquela época, houve um resgate da dignidade aniquilada de maneira absoluta pelos horrores nazistas. A humanidade ainda guarda muito presente na memória as barbáries patrocinadas pelo nazismo. É certo que será uma memória indelével da humanidade. Molas propulsoras de uma visão axiológica diferenciada do direito, ressurgiram idéias de prevalência dos direitos humanos. Idéias, obviamente, que não podem nunca ser abandonadas e não é o que, certamente, se propõe nestas linhas. É com base na própria consideração da prevalência dos direitos fundamentais, corroborada por um aparente paradoxo com a possibilidade de relativização destes direitos, que se propõe validar hipóteses de *encontro fortuito*.

Na Alemanha, o regime das escutas telefônicas foi erigido a preceito codificado quando da inclusão dos §§ 100 a) e 100 b) na StPO, que advieram com a edição de lei de 13 de agosto de 1968¹⁶⁰. Como sabido, diante dos avanços tecnológicos e do incremento da criminalidade, o legislador não pode se antecipar na regulamentação de todos os fatos do universo humano. Assim, não obstante a regulamentação da matéria, dúvidas surgiram em especial quanto à hipótese do *encontro fortuito*.

Manuel da Costa Andrade faz referência ao primeiro pronunciamento sobre o *encontro fortuito* em decisão do BGH, 26, 298, DE 15.03.1976. Nesta, o Tribunal Federal alemão se posicionou no sentido de que a valoração dos conhecimentos fortuitos somente seria

¹⁶⁰ A legislação processual alemã do regime de escutas telefônicas estabelece como pressupostos dos quais depende a escuta telefônica a existência de um catálogo de crimes em cuja apuração poderá se dá a escuta telefônica. Quanto ao aspecto formal, a legislação alemã admite, excepcionalmente, que o ministério público ordene a medida, desde que haja perigo na demora. Como pressupostos materiais, consignam-se: catálogo taxativo de crimes que somente nestas hipóteses admitirá a escuta telefônica. Um outro pressuposto à admissibilidade da escuta telefônica é uma forma relativamente qualificada da suspeita da prática do crime (neste aspecto menos exigente que a nossa legislação, pois somente admite quando houver indícios de participação em crime). O pressuposto da impossibilidade ou dificuldade de descoberta dos fatos ou do lugar onde o autor do fato se encontra. Por último, tem-se que, na legislação processual alemã, as escutas somente serão autorizadas incidentes sobre um determinado número de pessoas ou ligações telefônicas. (ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 289-292).

admissível se e quando a escuta houvesse obedecido à normatização prevista no §100 a) da StPO, e a descoberta tivesse em conexão com a suspeita de um crime do catálogo¹⁶¹.

Iniciou-se, assim, por firmar entendimento de que havia a necessidade de que a descoberta inusitada tivesse alguma conexão com o crime para cuja elucidação a escuta foi procedida. Evoluindo, a jurisprudência alemã alargou o espectro de admissibilidade das escutas, adotando sempre como norte e teleologia, o princípio da proporcionalidade. Considerando-se a evolução e organização da criminalidade no mundo moderno, a jurisprudência alemã ampliou o entendimento anteriormente adotado. Assim, no tocante às associações criminosas e terrorismo, os conhecimentos fortuitos podem ser valorados desde que se constituam crimes que estejam em decorrência da finalidade ou atividade da associação criminosa.

Surgem na Alemanha, dois nomes emblemáticos que defendem, cada um, posicionamento mais ou menos liberal quanto às escutas telefônicas, considerando-se a existência de uma descoberta casual. Neste sentido merece destaque Schünemann, para quem a valoração dos conhecimentos fortuitos deve ser irrestrita e absoluta. E Prittwitz, para quem a proibição de valoração de descoberta deste jaz deve ser inadmitida¹⁶².

Vinga o entendimento de que o *encontro fortuito* será admitido condicionando-se à valoração circunstanciada do caso com base no princípio da proporcionalidade. Ou, como refere Manuel da Costa Andrade, condiciona-se a valoração do *encontro fortuito* a um juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela idéia de “estado de necessidade investigatório”¹⁶³. Pode-se afirmar, destarte, que a doutrina e jurisprudência alemãs têm assentido que o requisito mínimo para a validade dos conhecimentos fortuitos está, tão somente, na previsão em abstrato de que a descoberta esteja dentre os crimes de catálogo. Constatar-se-á, ao fim, que este entendimento é o que mais se adequa à realidade moderna. Como já dito à saciedade, a complexidade da criminalidade exige respostas mais ágeis, sem descurar dos direitos fundamentais, mas, até mesmo para reafirmá-los. Diante do *encontro fortuito*, de logo, sobrelevam-se colisão de direitos, intimidade e direito à palavra *versus* necessidade de combate à criminalidade com vistas à preservação da segurança pública, também direito fundamental dos indivíduos e prerrogativa do Estado, sem, neste particular, tomar-se o sistema penal como autoritário, mas, tão somente, como meio disponível para segurança pública.

¹⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 307.

¹⁶² Cf. Manuel da Costa Andrade e Manuel Monteiro Guedes Valente.

¹⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 310.

5.3 O encontro fortuito e o direito brasileiro

Não é demais exagerado referir à qualidade e ao desenvolvimento do direito brasileiro, considerando-se mesmo os sistemas europeus. A Constituição Federal é paradigmática quanto à consignação e quanto a mecanismos de asseguramento de direitos e garantias fundamentais. A produção legislativa infraconstitucional também é pródiga em avanços na mesma perspectiva de garantias individuais e coletivas. O direito brasileiro se posiciona assim na elite dos sistemas mundiais. Juristas de escol também se apresentam no Brasil. A produção doutrinária e jurisprudencial, não raras vezes, é referencial de bom encaminhamento na valorização do direito e da justiça. Sem descuidar, contudo, que o sistema judicial brasileiro, no tocante ao Poder Judiciário, apresenta ainda práticas medievais de atrelamento a interesses corporativos nefastos que comprometem a independência do Poder Judiciário, ainda assim, pode-se afirmar que a doutrina brasileira, especialmente no âmbito do processo penal, apresenta-se em sintonia com os mais modernos sistemas mundiais.

Não obstante o Código de Processo Penal estar em vigor desde 1940, demandando, assim, profundas alterações, a legislação extravagante, a doutrina e jurisprudência pátrias, via de regra, com algumas exceções, cuidam sempre de adequá-lo aos preceitos constitucionais vigentes.

Nesta mesma dinâmica se situa a problemática das interceptações das comunicações telefônicas. De uma análise superficial de ordenamentos como o Alemão e o Português, que são vanguarda na concretização do direito com perspectiva de justiça, constata-se que o modelo vigente brasileiro de regulação da matéria, a Lei nº 9296/96, colheu o que melhor havia de tais ordenamentos, trazendo, assim, uma legislação moderna, porém, nem assim, imune a críticas e isenta de aperfeiçoamento constante, tanto na doutrina como na jurisprudência.

A Lei da Interceptação das Comunicações Telefônicas hoje em vigor não menciona a hipótese das descobertas fortuitas. O Anteprojeto de Lei já referido, o de iniciativa do Ministério da Justiça, ainda em tramitação, por outro lado, dispõe sobre a matéria¹⁶⁴. Lá faz constar a impossibilidade de utilização da descoberta fortuita em outros feitos, tanto em fase de investigação criminal como em fase judicial, desde que não se trate de crime conexo com o

¹⁶⁴ Art. 19. Os resultados das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do art. 1º desta lei, hipótese em que se observará o disposto nos arts. 16 e 17.

que foi efetivamente objeto da decretação da medida excepcional ou desde que não conste do rol taxativo de crimes para os quais se admite a interceptação das comunicações telefônicas, rol inscrito no art. 1º, do referido Anteprojeto.

Ao que parece, o Anteprojeto se mostra na vanguarda na regulação da matéria, considerando-se os sistemas mundiais vigentes. E, sobretudo, põe-se em posição mais ousada que a que os tribunais do País vêm adotando. Não obstante, vislumbra-se que, ainda assim, confundem-se as hipóteses de conhecimento fortuitos e conhecimento de investigação. Não traz a distinção de que, por certo, deve proceder, porquanto conhecimentos de investigação não se caracterizam *encontro fortuito*, sendo, a valoração, corolário da própria investigação.

Os posicionamentos então adotados para esta matéria serão explicitados a seguir. Antes, contudo, far-se-á uma breve digressão sobre os entendimentos doutrinários mais expressivos no Brasil.

5.3.1 As diversas manifestações doutrinárias

O tema *encontro fortuito* vem despertando algumas divergências doutrinárias. Não é sem razão. A própria natureza da prova obtida por meio de interceptação telefônica, por si só, já demanda apreciação bastante cuidadosa porquanto põe em evidência a questão sempre conflituosa entre a vida privada e o interesse na investigação e elucidação de fatos criminosos, esta diretamente ligada ao *jus puniendi*, prerrogativa exclusiva do Estado moderno; tanto assim, que os legisladores constituintes fizeram constar como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações no texto constitucional, admitindo-se, lá mesmo na Constituição, a possibilidade de excepcioná-lo apenas em situações específicas.

Vicente Grecco Filho, cogitando da hipótese de surgimento de fato criminoso diverso daquele que fundamentou a interceptação, afirma que a interceptação serviria como meio de prova deste fato novo, condicionando, entretanto, a validade da prova à impossibilidade de o fato novo figurar entre as proibições estabelecidas no art. 2º, da Lei nº 9296/96 e desde que o fato seja relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crime, ou continência ou conexão. Ressalva, entretanto, o autor, a impossibilidade de se usar da interceptação

telefônica como meio de prova em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência¹⁶⁵.

Para Luiz Flávio Gomes, se o fato objeto do *encontro fortuito* é conexo ou tem relação de continência com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita a interceptação. Admite apenas a validade da prova se se trate de conexão ou continência¹⁶⁶.

Lenio Luiz Streck, tratando da matéria, aduz:

À evidência, está-se falando da descoberta de um crime (grave, daqueles que se enquadram na reserva constitucional passível de interceptação) durante o desenvolvimento de uma interceptação devidamente autorizada. Não pode o Estado ignorar esse fato (a existência de crime). Evidentemente que não pode fazer de conta que o homicídio ou a corrupção não tenham ocorrido. *Isto seria um simulacro!* Como dito a informação/descoberta do crime, em tais circunstâncias, deverá servir de indício para a busca da comprovação da existência do crime. Nunca tal informação poderá ser usada como prova bastante até mesmo para a instauração da ação penal. *Exige-se, enfim, a prova da prova!*¹⁶⁷

Em posição mais radical, Damásio E. de Jesus não admite sob nenhuma hipótese validar interceptação telefônica na hipótese de conhecimentos de investigação e, muito menos, de *encontro fortuito*¹⁶⁸. Diametralmente oposta é a orientação de Geraldo Prado para quem o *encontro fortuito*, a prova dele derivada, é válida se relativa a crimes punidos com reclusão cuja ação penal seja pública incondicionada, independentemente de conexão ou continência ou de qualquer modalidade de concurso de crimes¹⁶⁹.

A parcela da doutrina que não admite validar o *encontro fortuito* em interceptação telefônica argumenta que assim não é possível pois a prova de um crime obtida por interceptação das comunicações telefônicas que tenha tido objeto diverso é ilícita vez que teria sua origem eivada de nulidade, tanto assim que o parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 9296/96 estabelece que a situação objeto da investigação deve ser descrita com clareza, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

¹⁶⁵ GRECCO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 35-36.

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 194.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 129-130.

¹⁶⁸ JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. São Paulo, **RT**, nº 735, p. 458-473.

¹⁶⁹ PRADO, Geraldo, *op. cit.*, p. 63.

5.3.2 Os entendimentos jurisprudenciais

José Paulo Baltazar Jr, tratando da descoberta fortuita, afirma:

De início, é possível afirmar que, no momento da investigação, não há uma delimitação completa e exata do objeto, não havendo como se exigir os rigores do princípio da correlação entre denúncia e sentença. Investiga-se com base em uma hipótese, mas sem uma definição totalmente precisa dos contornos do fato, o que é próprio da denúncia. Assim, estando os fatos descobertos dentro dos contornos mais ou menos fluidos do tema da investigação, a prova deve ser admitida¹⁷⁰.

Este entendimento tomou vulto na jurisprudência brasileira a partir da primeira manifestação sobre o tema advinda do julgamento do pedido de *habeas corpus* n° 84388, julgado em 26 de outubro de 2004, pela 2ª Turma, sendo relator o Ministro Joaquim Barbosa, no caso que ficou nacionalmente conhecido como “Operação Anaconda”, do teor seguinte:

EMENTA: HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO ANACONDA". INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE QUANTO ÀS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPORTANTE INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO E APURAÇÃO DE ILÍCITOS. ART. 5º DA LEI 9.296/1996: PRAZO DE 15 DIAS PRORROGÁVEL UMA ÚNICA VEZ POR IGUAL PERÍODO. SUBSISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE CONDUZIRAM À DECRETAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÕES FUNDAMENTADAS E RAZOÁVEIS. A aparente limitação imposta pelo art. 5º da Lei 9.296/1996 não constitui óbice à viabilidade das múltiplas renovações das autorizações. DESVIO DE FINALIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, O QUE TERIA IMPLICADO CONHECIMENTO NÃO-AUTORIZADO DE OUTRO CRIME. O objetivo das investigações era apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a Administração. Não se pode falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS PARA AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS QUE ENVOLVEM MAGISTRADOS PAULISTAS. As investigações foram iniciadas na Justiça Federal de Alagoas em razão das suspeitas de envolvimento de policiais federais em atividades criminosas. Diante da descoberta de possível envolvimento de magistrados paulistas, o procedimento investigatório foi imediatamente encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde as investigações tiveram prosseguimento, com o aproveitamento das provas até então

¹⁷⁰BALTAZAR Jr, José Paulo, *op. cit.*, p. 259.

produzidas. ATIPICIDADE DE CONDUTAS, DADA A FALTA DE DESCRIÇÃO OBJETIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DOS TIPOS PENAIS. ART. 10 DA LEI 9.296/1996: REALIZAR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, DE INFORMÁTICA OU TELEMÁTICA, OU QUEBRAR SEGREDO DE JUSTIÇA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU COM OBJETIVOS NÃO-AUTORIZADOS EM LEI. Inexistem, nos autos, elementos sólidos aptos a demonstrar a não-realização da interceptação de que o paciente teria participado. Habeas corpus indeferido nessa parte. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. DISCREPÂNCIA ACERCA DO LOCAL ONDE SE ENCONTRA DEPOSITADA DETERMINADA QUANTIA MONETÁRIA. A denúncia é inepta, pois não especificou o fato juridicamente relevante que teria resultado da suposta falsidade - art. 299 do Código Penal. Habeas corpus deferido nessa parte.

Neste mesmo sentido vêm sendo as manifestações do Superior Tribunal de Justiça a exemplo do julgamento do *habeas corpus* n° 33553/CE, ocorrido em 17 de março de 2005, pela 5° Turma, sendo relatora a Ministra Laurita Vaz, cujo teor ora também se transcreve:

EMENTA. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PERDA DO OBJETO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Constatada a revogação da prisão preventiva do ora Paciente, resta esvaído parte do objeto do presente writ, que visava ao reconhecimento de constrangimento ilegal pela manutenção da prisão cautelar.

2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.

3. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n° 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

4. Writ prejudicado em parte e, na parte conhecida, denegado.

Outro julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, Apn n° 425/ES, desta feita da Corte Especial, ocorrido em 16 de novembro de 2005, sendo relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca:

EMENTA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUADRILHA, ESTELIONATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO. RELATOR. ATUAÇÃO DIVERSA DA FUNÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROMETIMENTO. PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO EMPRESTADA PARTICULARIDADES. INOCORRÊNCIA DE ABUSO. CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA. FATOS E PARTES DIVERSAS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUTORIA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO EXAUSTIVA DAS CONDUTAS.

A função do relator na competência da ação penal originária não o identifica na fase anterior ao recebimento da denúncia, à autoridade policial, razão porque a sua atuação no procedimento instrucional mantém-se inalterada. A captação de conversas telefônicas obtidas dentro dos padrões legais, mesmo que aclarando realidade nova, pode sustentar uma persecução autônoma, ainda mais quando o seu conteúdo se mostrar fiel ao transcurso da investigação originária. Inteligência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei nº 9.296/96. Não se pode falar em conexão e litispendência se não há identidade de sujeitos e de pedido. Os elementos colhidos nos autos e narrados na denúncia demonstram a existência de fortes indícios das condutas delituosas, irrogando a todos os seis acusados os crimes de quadrilha e estelionato qualificado, bem assim, também constata-se presentes os elementos para considerar a prática dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso por parte dos advogados enumerados, enquanto que viável a imputação do delito de exploração de prestígio por atuação do Procurador Regional Federal. “A gravidade do fato justifica o afastamento do exercício das funções de magistrado e de procurador federal, sem prejuízo da remuneração e vantagens, até o julgamento definitivo.”

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do *habeas corpus* nº 70013552922, relator Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, ocorrido em 15 de dezembro de 2005, decidiu pela validade da descoberta fortuita, considerando-se a descoberta casual como desdobramento da atividade criminosa que estava sob investigação. Veja-se:

EMENTA. PRISÃO PREVENTIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA AUTORIZADA POR OUTRO JUÍZO, RESPEITANTE SEU DEFERIMENTO A FATO DIVERSO. FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO. Resultando, de interceptação telefônica devidamente autorizada judicialmente, informações tendentes a esclarecimento de outro ilícito, ocorrido em comarca diversa, nada justifica o desprezo dessa prova, cuja licitude não se vê medir por questões geográficas/territoriais, na investigação desse outro crime. Prisão com fundamentos sólidos, que passa pela gravidade da ação em concreto e condição do paciente, policial militar que deveria velar pelo cumprimento da lei, cuja condição pessoal, outrossim, acaso se o mantivesse em liberdade, poderia interferir na livre investigação que o caso estava a reclamar. Ordem denegada, com acolhimento e transcrição de parecer do Ministério Público.

Dos arrestos acima referidos, a conclusão a que se chega é a de que o rigor no reconhecimento da ilicitude do *encontro fortuito* em interceptação das comunicações telefônicas já vem sendo sobremaneira mitigado. Originariamente, havia o reconhecimento absoluto da impossibilidade de se tomar como lícita esta descoberta. Atualmente, já se tem por pacífico no âmbito dos tribunais a possibilidade de se valorar os *encontros fortuitos* desde que sejam crimes conexos ou que tenham relação com a atuação criminosa do indivíduo ou organização que porventura esteja sob investigação criminal. Isto decorre da própria complexidade da criminalidade nos tempos modernos. É muito comum na atualidade a ramificação das atuações criminosas, migrando para a criminalidade contra o sistema financeiro, atinente ao patrimônio, à vida, à liberdade, ao tráfico de substâncias entorpecentes, comércio ilegal de armas etc. Desta forma, e em atenção a esta realidade, a jurisprudência vem caminhando, pacificamente, no reconhecimento da licitude de provas descobertas fortuitamente. Na verdade, acolhendo-se a classificação doutrinária que diferencia os conhecimentos da investigação dos conhecimentos fortuitos, tem-se que, ao menos no tocante à primeira hipótese, a da conexão, o que se evidencia na hipótese são apenas conhecimentos de investigação.

Contudo, ainda se considerando como vêm fazendo os tribunais, as hipóteses de valoração da prova descoberta de forma inusitada apenas se tomando em consideração a problemática da complexidade da criminalidade nos tempos atuais, é de se considerar ainda pífio tal entendimento, conforme se demonstrará. Se, porventura, no curso das investigações policiais, em hipóteses não apenas de organizações criminosas, vez que a atual legislação permite a interceptação não só quanto às organizações criminosas, mas à criminalidade do tipo individual, a exemplo, de um homicídio ou mesmo de tráfico de substância entorpecente, ou extorsão mediante seqüestro, que não tenham a conotação de organização criminosa, porque de não se admitir licitude às descobertas fortuitas? É claro que o implemento das investigações corre passo a passo com a complexidade da atividade criminosa, seara em que uma vertente por demais evidenciada também se apresenta o desenvolvimento tecnológico. Mas, não se pode tomar que as interceptações telefônicas apresentem sua justificação teleológica na existência de organizações criminosas¹⁷¹. Até que ponto é razoável, diante de uma interceptação telefônica em que tenham sido atendidos todos os pressupostos formais e materiais, diante de uma descoberta inédita, porque não validá-la considerando-se a gravidade da descoberta e, via de consequência, a sua danosidade social e, assim, a necessidade de

¹⁷¹ Cf. nota 152.

rápida atuação judicial? Não parece crível, ou é mesmo um simulacro, a sua desconsideração, o dissimular a descoberta em nome de preservação da vida privada? É do que se tratará em seguida.

5.4 O *encontro fortuito* com valor probatório: hipóteses de admissibilidade

Neste item, ao fim de identificar em que circunstâncias é admissível falar em licitude da prova obtida mediante o *encontro fortuito* em interceptação das comunicações telefônicas, assim se fará cotejando os entendimentos doutrinários pátrios de inadmissibilidade de acolhimento da licitude de tal prova, e, refutando-os, concluir-se-á em que medida é possível, admitir-se o *encontro fortuito* como prova lícita.

Têm-se como pressupostos às interceptações das comunicações telefônicas, conforme já reiteradamente explicitado, os que são próprios das medidas cautelares, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e, além, os específicos à medida em estudo, quais sejam, ordem judicial da autoridade competente para ação principal (pressuposto que foi refutado no tocante à minudência de determinar a competência ao juiz da ação principal, falha reparada pelo Anteprojeto de Lei), indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, e, ainda, a impossibilidade de a prova do crime ser feita por outro meio que não a interceptação judicial. A própria essência da prova obtida em interceptação das comunicações telefônicas, dada a urgência da providência, enseja que o contraditório seja do tipo diferido.

Quanto às hipóteses mencionadas no item anterior, aventadas pela doutrina brasileira, a primeira e mais radical, isto é, a da impossibilidade absoluta de reconhecimento do *encontro fortuito* enquanto prova, é inteiramente descabida na atualidade. A doutrina e jurisprudência, não somente do Brasil, mas de sistemas como o Alemão e o Português, resta superada há muito. É natural que não se devam desconsiderar certas descobertas inusitadas que tratem de crimes de gravidade extremada. A gravidade está condicionada à correspondência do fato com as hipóteses previstas, isto é, consignando quando a interceptação não tem lugar, uma vez que o modelo brasileiro dispõe de forma negativa¹⁷². O Anteprojeto, explicitamente, enumerou as hipóteses em que é admissível a interceptação, impedimento, interrupção, escuta e gravação

¹⁷² Cf. art. 2º, III, da Lei nº 9296/96.

das comunicações telefônicas¹⁷³. A surpresa nas interceptações é muito plausível de suceder pela complexidade da criminalidade. Diante da impossibilidade de se antever os exatos limites da investigação, como óbvio, se tem admitido como plausível a ocorrência de situações inusitadas. Excluir, de logo, a consideração destas descobertas é tema hoje afastado de consideração, porquanto, desta forma, estar-se-ia elevando o direito à vida privada à máxima absoluta.

Uma hipótese mitigada de admissibilidade do *encontro fortuito* é a de ocorrência de conexão ou continência com o delito que ensejou, originariamente, a interceptação determinada judicialmente, conforme admite a maioria da doutrina brasileira. Admite-se que a prova de fato fortuito, obtida por meio de interceptação telefônica se constituiria em ilícita porque em desacordo com a norma de direito material, mais especificamente, em desacordo com o que dispõe a Lei nº 9296/96 porque não guardaria obediência ao parágrafo único do art. 2º. É o argumento dos que assim entendem. Entretanto, como se admite então a licitude de tal prova se acaso se descobrisse por meio da interceptação judicial crime que guardasse relação de conexão ou continência com o fato que ensejou a quebra do sigilo? Ora, os critérios de concurso de crimes são previstos na Lei Penal, portanto, direito material; e, os critérios de conexão e continência previstos da Lei Processual Penal, direito adjetivo, portanto. Sob a classificação doutrinária, somente se admitiria falar em prova ilícita se acaso afrontasse, tomando-se critério adotado pela Lei Penal e Processual Penal, se tivesse relação com a natureza do concurso de crimes, ou seja, o concurso material, formal, o crime continuado e o permanente. Os demais, ou seja, conexão e continência, estão diretamente ligados ao critério de fixação da competência. Não seria a hipótese, portanto, de se admitir sequer a prova obtida ainda que se tratasse de crime conexo. Todos são meras ficções que se estabelecem para promover melhor processo e julgamento dos crimes. Não há uma condensação de crimes em um só, mas, sim, uma condensação de processo e julgamento e, eventualmente, repercussões na aplicação da pena. O legislador não estabeleceu na Lei de Interceptação Telefônica a hipótese de se admitir eventual valoração como prova de interceptação que lograsse identificar a ocorrência de crimes em concurso. Seria ilícita de igual forma a prova que também dissesse respeito a fatos criminosos que guardassem relação com o que foi objeto inicial da interceptação judicial. De mais a mais, ainda na hipótese de concurso de crimes, não se pode reconhecer de logo nula uma sentença condenatória na qual apenas um dos co-autores tenha sido submetido a julgamento.

¹⁷³ Cf. art. 1º, do Anteprojeto de Lei da Comissão do Ministério da Justiça.

Sabe-se que os direitos fundamentais não são de cunho absoluto e, como tais, podem ser excepcionados por disposição da própria Constituição e, neste particular, a nossa Carta excepcionou o sigilo quando admitiu a interceptação das comunicações telefônicas, desde que para fins de investigação ou instrução de processo criminal. Assim fez considerando a gravidade dos fatos e, como já exposto, a valoração entre bens jurídicos da comunidade, valoração esta que deve guardar o princípio da proporcionalidade como norte. Na medida em que se admite a interceptação de comunicação telefônica é porque se identificou a ocorrência de uma grave violação a determinado bem jurídico comunitário, ou seja, à segurança pública. Não se estabeleceu o contraditório, porquanto este tipo de medida cautelar, para não inviabilizá-la eis que tem na surpresa elemento de sucesso ou não da medida, não se fala em contraditório pronto, mas, sim, em contraditório diferido. Se assim é, aquele suposto autor de um crime não terá qualquer garantia de contraditório maculada, porquanto já lhe foi negada pela própria conveniência de viabilizar a medida. Submeteu-se previamente a medida ao crivo judicial bem como se submeteu a sua execução à autoridade policial sob a fiscalização do Ministério Público. Sob este argumento, também estaria mitigado o posicionamento esposado por Lenio Luiz Streck, retroreferido, porque seria prescindível a prova da prova uma vez que, se fosse necessário tal medida, também assim seria para a prova obtida por meio de interceptação judicial para investigar crime previamente discriminado.

Merece destaque, trazido para nós nas lições de Luiz Flávio Gomes, o entendimento da doutrina alemã acerca da matéria:

No direito alemão (StPO, parágrafo 100), consoante jurisprudência pacífica do Tribunal Supremo (BGH), a prova assim alcançada tem valor jurídico, desde que o fato encontrado fortuitamente tenha conexão com algum dos crimes que autorizam a interceptação telefônica. Não é preciso que haja conexão com o crime investigado, senão com algum dos crimes constantes do rol previsto no citado dispositivo legal.¹⁷⁴

De mais a mais, não restam, tais hipóteses, abrangidas em outro universo senão o dos conhecimentos da investigação e, como tais, sequer seriam de se considerar hipóteses de *encontro fortuito*. Decorrem, exclusivamente, da complexidade e imprevisibilidade inerentes a todas as investigações criminais.

Uma outra hipótese de valoração do *encontro fortuito* seria aquela em que, uma vez obedecidas as formalidades legais para a decretação da interceptação telefônica e a descoberta

¹⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, *op. cit.*, p. 193.

inusitada estiver inserida na hipótese de admissibilidade da interceptação, que, segundo modelo brasileiro vigente, a crimes punidos com pena de reclusão; seria a de que aquela descoberta se prestaria como indício para uma nova investigação, isto é, a prova necessitaria da prova da prova, como refere Lenio Luiz Streck, acima mencionado.

O que se pretende tomar como indício não é outra coisa senão prova indiciária. Prova do tipo indireto cujo valor será mensurado mediante o cotejo com as demais provas que componham o acervo probatório. Como referido no capítulo anterior quando se analisou brevemente a prova no processo penal, lá se fez referência à prova indiciária, mais especificamente, aos indícios necessários. Seriam, portanto, indícios necessários, que trazem a certeza, porquanto fundados em uma relação de causalidade constante. O valor probante, portanto, dos indícios não deverá nunca ser fixado previamente, por lei ou por critérios interpretativos estanques, mas deve ser visto, casuisticamente, isto é, dentro da densidade da relação de causalidade que vincula o conhecido ao desconhecido. Indícios necessários traduzem a certeza necessária à condenação. Se é prova, portanto, não é possível estender-lhe apenas à condição de subsidiada por outra investigação criminal. Presta-se com a evidência do que apurado, a respaldar o *encontro fortuito* como verdadeira prova. Se, após submetido ao contraditório, restar evidenciada a possibilidade de se lhe atribuir valor probante, nada mais razoável que valorá-lo. O que fundamenta o acolhimento da interceptação telefônica é o princípio da proporcionalidade entre o que se pretende apurar e o direito à intimidade, à vida privada. Evidenciada a compatibilidade, posto que proporcional, não se tem por plausível reconhecer na descoberta fortuita a natureza de indícios que não se compatibilizam com a definição já esposada no capítulo 3, isto é, os indícios que não guardam correlação com a prova indiciária. Se é prova, a indiciária, do tipo indireta e, se se entende que a descoberta fortuita geram, no máximo, indícios a demandar prova da prova, é porque prova o é. Deve-se, portanto, ser tomado como prova lícita a subsidiar nova investigação ou mesmo processo judicial instaurado para se apurar o fato novo, desde que se enquadre no rol dos crimes que admitam, em tese, a interceptação das comunicações telefônicas.

Mas, na hipótese do *encontro fortuito* não há que se falar em prova indiciária, mas sim, em prova direta quando se trate de uma confissão extrajudicial do suposto autor de um crime ou de um testemunho de terceira pessoa captado pela interceptação, cujo valor será aferido como em todos os demais meios de prova, mas, nunca negando-se a condição de prova e uma vez obedecida a previsão dos crimes de catálogo, lícita.

Ao fim e ao cabo, todas as provas que doutrina classifica, de regra, em seis, a saber, verificação judicial, prova pericial, confissão, testemunhas, prova literal e a indiciária

obedecem, necessariamente, quando da valoração pelo juiz ao raciocínio das provas indiciárias, isto é, circunstâncias, aspectos, detalhes que, em conjunto, levam ao acerto daquele fato, ou raciocínio e, assim, provado está. Como afirma Dellepiane:

Que causas poderiam explicar a existência desse sistema de indícios concordantes e inferências indiciárias convergentes? É evidente que três causas, somente três, poderiam explicar racionalmente a existência de tal sistema; e essas três causas são: 1º a realidade do fato assinalado pelos indícios; 2º a falsificação da prova, isto é, a produção e combinação intencionais de um sistema de indícios – efetuada pelo culpado, para despistar a justiça, ou por inocente que teme passar por culpado, que quer pregar uma peça, exercer uma vingança etc.; 3º a reunião e combinação de circunstâncias que simulam outros tantos indícios reveladores de um fato não sucedido, reunião e combinação essas devida ao azar ou casualidade¹⁷⁵.

Assim, diante de um *encontro fortuito*, o juízo de valoração do mesmo é feito igualmente a todas as demais provas. Assim, desde que corroboradas por outros elementos deverá, portanto, a critério do julgador, como assim ocorre com todos os outros meios de prova, ser-lhe emprestado o devido valor.

O melhor entendimento, portanto, é o de que, independentemente de autorização expressa e específica da autoridade judicial, a interceptação telefônica que obtém prova de fato fortuito deve ser válida desde que se tenha observado o critério da proporcionalidade quando da decretação, critério que se repetirá também ao apenas se admitir a hipótese se para apuração de crimes elencados na Lei respectiva, *in casu*, na Lei vigente, aos crimes punidos com reclusão. Com a vigência do Anteprojeto de Lei que, por certo, será convertido em lei, nas hipóteses de descoberta fortuita de crimes expressamente lá elencados. Este entendimento é o que melhor se coaduna com a idéia de proporcionalidade.

A descoberta fortuita de algum fato supostamente criminoso deve ser valorada desde que, em tese, aquela descoberta fosse, de forma hipotética, tomando-se em conta o catálogo legal, passível de incidir sobre ela a medida extrema da interceptação telefônica. O juízo da devida proporção já foi posto em consideração pelo legislador quando condicionou a violação à intimidade quando fez constar em lei, obedecendo-se ao princípio da legalidade, um catálogo de crimes em que a interceptação é, em tese, admissível. Diante da descoberta nova, há que se reconhecer o “estado de necessidade investigatório”. Neste sentido, merece transcrição o que dito por Manuel Monteiro Guedes Valente:

¹⁷⁵ DELLEPIANE, Antonio, *op. cit.*, p. 58.

Apesar da maioria dos autores e da jurisprudência alemã se direccionar para a valoração dos conhecimentos fortuitos que estejam em conexão com o crime catálogo, sendo esta conexão condição necessária e suficiente, há os que **entendem que a valoração deve obedecer “ao programa político-criminal subjacente àquele regime e aos juízos de concordância prática** que lhe emprestam sentido”, ou seja, impõe-se que se pondere “a gravidade da suspeita e a própria urgência criminalística da medida *sub nomine* da cláusula da *ultima ratio*”, pois o **princípio constitucional da proporcionalidade** tem de valer para a autorização da escuta e para a valoração das conversações que a utilização legal de uma escuta telefônica permitiu registrar no gravador – submete-se, desta feita, a valoração dos “conhecimentos fortuitos a um juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela idéia de “estado de necessidade investigatório”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente, *op. cit.* p. 85.

CONCLUSÕES

- É tradição dos textos constitucionais brasileiros a consagração do direito ao sigilo como direito fundamental.
- Entretanto, dado o avanço progressivo da tecnologia e o aproveitamento desta pela criminalidade, surgem no âmbito de todas as legislações de Estados Democráticos de Direito, inclusive no direito brasileiro, hipóteses de mitigação do sigilo das comunicações telefônicas. Mantém-se, sempre, a preservação do sigilo das correspondências.
- É incontestável que o caráter absoluto dos direitos fundamentais se realiza pela hipótese de relativização dos mesmos. O critério relativizador dos direitos fundamentais será sempre o princípio da proporcionalidade.
- A proporcionalidade se traduz na interpretação casuística dos direitos fundamentais em conflito, sem a possibilidade de supressão absoluta de nenhum deles.
- Há, atualmente, uma tendência que se evidencia, sobretudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português, de valorização da prova ilícita. No Brasil também os tribunais já têm manifestado entendimento neste sentido.
- A atual legislação que trata das interceptações das comunicações telefônicas (Lei nº 9296/96) não dispôs sobre o *encontro fortuito*, o que não impede a sua ocorrência e validação como prova lícita, considerando-se a proporcionalidade entre os direitos envolvidos. O direito fundamental ao sigilo pode ser excepcionado mesmo diante da hipótese do *encontro fortuito* desde que se tenha em questão a suposta prática de crime que, no catálogo legal, conste como passível de interceptação telefônica, desde que obedecidos os trâmites legais previamente estabelecidos.
- o Anteprojeto de Lei de alteração da Lei nº 9296/96, de iniciativa do Ministério da Justiça, contempla a hipótese de descoberta inusitada, no art. 10, porém tal descoberta assemelha-se ou que a doutrina portuguesa e alemã conveniu chamar de conhecimentos da investigação, isto é, os que têm relação processual com o fato para cuja elucidação a interpretação foi inicialmente autorizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AGUILAR, Francisco. **Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas. Contributo para o seu Estudo nos Ordenamentos Jurídicos Alemão e Português**. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés, da edição tedesca de 1986. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Roque de Brito. **Dos Indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

AMARO, Mohamed. **Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos Constitucionais – em verbetes**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ANTUNES, Maria João. **Código de Processo Penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de. **Da prova no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos. O princípio da igualdade no processo penal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, n. 19, p. 24, 1981/1982.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martins Claret, 2006.

AROCA, Juan Montero. **La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas em el Proceso Penal (Um estudio jurisprudencial)**. Valencia: tirant lo blanch, “abogacia práctica”, 1999.

ARRIETA, Andrés Martinez. *La Prueba en Proceso Penal*. v. 12. Madri: Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1993.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas – interceptações telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR Jr., José Paulo. Dez anos da lei da interceptação telefônica (lei nº 9296, de 24 de julho de 1996. Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança. **Revista Jurídica**. São Paulo, Ano 54, dezembro de 1006, nº 350.

BANDEIRA, Gustavo. A interceptação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 55, p. 32-42, abr./jun. 1993.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 337, 1997, p. 125-134.

BARROS, Marcos Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco e BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BATISTA, Francisco das Neves. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. São Paulo: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Palestra Proferida “**Direitos fundamentais, Globalização e Neoliberalismo**”, <http://www.cjb.ourem.net>, 31/out/2005.

_____. **A Constituição Aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Gravações Clandestinas e ambientais. Tutela Constitucional da intimidade e os agentes público. **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 65, p. 5-6, abr. 1998.

_____. O prazo de duração da interceptação telefônica e sua renovação. **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 70, p. 8-9, set. 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. III, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – América, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

_____. **Das Provas no Processo Penal**. Tradução de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 1998.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. **La Prueba Ilícita Penal – Estudio Jurisprudencial**. Navarra: Aranzadi Editora, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9296/96 – Interceptação telefônica. **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 47, p. 3, out. 1996.

_____. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CERVI, Mauro Luiz. **Provas (i)lícitas e a interceptação telefônica no direito brasileiro**. Canoas: Editora da Ulbra, 2003.

CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica – Lei 9296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COELHO, Walter. **Prova Indiciária em Matéria Criminal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. (CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Tradutora: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. **Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **O Direito de Estar Só – Tutela Penal da Intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Trad. Érico Maciel. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 47, p. 2, out. 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. V. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2004.

EIRAS, Agostinho. **Segredo de Justiça e Controle de Dados Pessoais Informatizados**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FARIAS, Edmilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. FERNANDES, Antonio Scarance. A lei de interceptação telefônica. Justiça Penal: provas ilícitas e reforma pontual. Jaques de Camargo Penteado (coord.). **Revista dos Tribunais**, nº 4, São Paulo.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GARCÍA, Luis M. La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones em el código procesal penal de la nación: um cheque en blanco para espiar nuestra vida privada: 2ª parte. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal**. Buenos Aires, v.3, n. 6, p. 405-477, ago. 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96. **Bol. IBCCrim**, edição especial n. 45, p. 14, ago. 1996.

_____. FERNANDES, Antonio Scarance. Os resultados da interceptação telefônica como prova penal. **Revista de Processo**, ano 11, n. 44, out./dez., 1986.

GONÇALVES, M. Maia. **Código de Processo Penal Anotado**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECCO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n. 9296, de 24 de julho de 1996**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GREVI, Vittorio. **La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche**. Milano: Giuffrè, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Novas tendências do direito processual**. São Paulo – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 17, jan/mar, 1997.

HASSEMER, Winfred. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grndzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas, São Paulo, **RT**, nº 735, p. 458-473.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96 (lei de interceptação de comunicações telefônicas). **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 23, p. 187-196, abr./jun. 1998.

LIMA, Marcellus Pollastri. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MACHADO, Agapito. Sivam – grampo telefônico. **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 38, fev. 1996.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das Provas em Matéria Criminal**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Bookseller, 1997.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Sob Escuta: Reflexões sobre o problema das escutas telefônicas e as funções do juiz de instrução criminal**. Cascais: Principia, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. São Paulo: Forense, 2006.

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

MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MITTERMAIER, C.J.A.. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 4. ed. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrichi. Campinas: Bookseller, 2004.

MORAES, Alexandre. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. A divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 44, p. 6, ago. 1996.

_____. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9296/90 (interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática). **Bol. IBCCrim**, São Paulo, n. 54, p. 5, maio 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 21, p. 411-412, jan./mar. 1998.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O Problema da Razoabilidade e a Questão Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PATRÍCIO, Marta. Sigilo das telecomunicações: uma análise comparada. **Sub Judice – Justiça e Sociedade**, Coimbra, n. 15-16, p. 165-169, jun./dez. 1999.

PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. São Paulo: *Lumen juris*, 2006.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 2000.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da PROPORCIONALIDADE na Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madri: Editorial Colex, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A Busca e Apreensão e o Devido Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas Telefônicas. Da Excepcionalidade à Vulgaridade**. Coimbra: Almedida, 2004.

_____. **Conhecimentos Fortuitos. A busca de um Equilíbrio Apuleiano!** Coimbra: Almedina, 2006.

VALLE. Carlos Pérez del. **Teoría de la Prueba y Derecho Penal**. Madri: Dykinson, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 7.ed. Madri: Trotta, 2007.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres de. **Prova no Processo Penal – justiça como fundamento axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ANEXO

ANTEPROJETO DE LEI¹⁷⁷

Disciplina o inciso XII, *in fine*, do artigo 5º da Constituição Federal e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I

Da admissibilidade

Art. 1º. A interceptação, o impedimento, a interrupção, a escuta e a gravação das comunicações telefônicas somente são admissíveis para fins de investigação criminal ou instrução processual penal relativamente aos seguintes crimes:

- I – terrorismo;
- II – tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins;
- III – tráfico de mulheres e subtração de incapazes;
- IV – lavagem de dinheiro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI - contra a ordem econômica e tributária;
- VII – contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão;
- VIII – falsificação de moeda;
- IX – roubo, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado;
- X – homicídio doloso;
- XI – ameaça quando cometida por telefone;

¹⁷⁷ Elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos. A Comissão foi presidida por Ada Pellegrini Grinover, participando também Antônio Carlos de Almeida Castro, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Guilherme Vieira. O Anteprojeto foi encaminhado ao então Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney, no dia 22 de julho de 2003.

XII – decorrente de organização criminosa.

Parágrafo único. Equiparam-se às comunicações telefônicas, para efeito desta lei, todas as formas de telecomunicação (artigo 60, par.1º, da Lei nº 4.972/97).

Art. 2º. As gravações clandestinas de conversas entre presentes, bem como a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, análise e utilização, sujeitam-se às mesmas regras previstas nesta lei, no que forem cabíveis.

Art. 3º. As operações referidas nos artigos anteriores não serão permitidas, em qualquer hipótese, quando se tratar de comunicações entre o suspeito ou acusado e seu defensor.

Art. 4º. Não se sujeita a esta lei a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para o exercício regular de um direito.

CAPÍTULO II

Do pedido e da autorização judicial

Art. 5º. O pedido será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter:

a clara descrição da situação objeto da investigação;

a qualificação do investigado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;

a indicação da existência de indícios suficientes da prática de qualquer dos crimes previstos no artigo 1º;

a demonstração de ser a operação técnica estritamente necessária e da impossibilidade de ser a prova obtida por outros meios.

§ 1º. O requerimento ou a representação deverá indicar o número da linha telefônica (código de acesso), com seu código de área, podendo o Ministério Público e a autoridade policial requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins da formulação do pedido, o cadastro relativo ao nome, número de telefone e endereço do titular da linha.

§ 2º. O suspeito ou acusado e, no caso do inciso XI do artigo 1º, o ofendido ou seu representante legal, poderá formular o pedido mediante requerimento dirigido ao juiz competente.

Artigo 6º. O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigilo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização:

- a) a existência de indícios suficientes da prática de qualquer dos crimes previstos no artigo 1º;
- b) a existência de indícios suficientes de autoria ou participação do investigado em qualquer dos crimes referidos no artigo 1º, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- c) a demonstração de ser a providência estritamente necessária, não podendo a prova do crime e de suas circunstâncias ser obtida por outros meios disponíveis;
- d) a indicação do número da linha telefônica (código de acesso), incluindo seu código de área, objeto da operação técnica, justificada a sua relação com os fatos investigados.

Art. 7º. Da decisão que deferir ou indeferir o pedido cabe recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo, devendo o tribunal, se for o caso, determinar a inutilização da prova eventualmente obtida, bem como a sua forma, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Art. 8º. O inteiro teor da decisão que autorizar a operação técnica será transcrito na ordem, assinada pessoalmente pelo juiz, a ser expedida em duas vias, uma para a prestadora de serviço de telefonia e outra para a autoridade policial.

Art. 9º. O juiz fixará a duração das operações até o prazo de 15 dias, renovável por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida.

§ 1º. Após a primeira renovação, as demais, por igual período, dependerão da verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas, não podendo, contudo, o prazo máximo das operações técnicas exceder a 60 dias, exceto quando se tratar de investigação relativa a crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 2º. Para cada prorrogação, será necessária nova ordem judicial, devidamente motivada, observado o disposto no artigo 6º.

Art. 10. Os prazos previstos no artigo 9º e seus parágrafos correrão de forma contínua e ininterrupta, a partir da data em que a prestadora do serviço de telefonia proporcionar a realização da operação autorizada, comunicando o fato, por escrito, imediatamente ao juiz.

Art.11. A solicitação de um juiz a outro, para efeito da realização das operações técnicas fora da área de sua competência, será feita por qualquer meio rápido de comunicação, distribuído e autuado sob sigilo de justiça, devendo ser confirmada em 48 horas por documento oficial, sem prejuízo do imediato início das operações.

Parágrafo único – Não sendo feita no prazo a comunicação oficial, as operações serão imediatamente suspensas, com inutilização da prova porventura colhida, na forma a ser determinada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

CAPÍTULO III

Das operações técnicas

Art. 12. A execução das operações técnicas de que trata esta lei ficará sujeita ao controle do Ministério Público e será efetuada somente pela autoridade policial, em órgão próprio, centralizado e exclusivo, sob a responsabilidade direta da Chefia de Polícia.

Parágrafo único. Findas as operações técnicas, a autoridade policial encaminhará imediatamente, em uma única cópia, todo o material obtido ao juiz competente, acompanhado de autos circunstanciados com o resumo das operações realizadas, devendo zelar para que nenhum registro a elas relativo fique armazenado no sistema.

Art. 13. O Ministério da Justiça definirá, no prazo de 90 dias, o padrão de sistema de gerenciamento centralizado, de forma a atender às especificidades das polícias federal e estadual.

§ 1º – Definido o sistema descrito neste artigo, a ANATEL regulamentará, no prazo de 90 dias, o padrão de protocolo a ser utilizado por todas as prestadoras de serviços de telecomunicações.

§ 2º. Sem prejuízo da aplicabilidade imediata do disposto neste artigo, a União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios para a disciplina do sistema de gerenciamento centralizado, com vistas a assegurar a máxima eficiência, a preservação do sigilo e a inviolabilidade das informações obtidas.

Art. 14. Caberá à ANATEL, no prazo de 90 dias, regulamentar as formas e as condições em que as empresa de telecomunicações prestarão serviços técnicos especializados, quando requisitados pela autoridade policial.

Art. 15. O ressarcimento das empresas pelos serviços prestados e pelo uso da rede de telecomunicações será estabelecido pela ANATEL.

CAPÍTULO IV

Do incidente probatório

Art.16. Recebido o material obtido nas operações técnicas, o juiz competente dará ciência do mesmo ao Ministério Público, ao suspeito ou acusado e seu defensor.

§ 1º. A partir desse momento e em prazo não inferior a dez dias poderão as partes examinar os autos circunstanciados e escutar as gravações, indicando, em 48 horas, os trechos cuja transcrição pretendem.

§ 2º. O juiz determinará a transcrição dos trechos indicados pelas partes e pela autoridade policial, bem como de outros que entenda pertinentes e relevantes.

§ 3º. As dúvidas a respeito da autenticidade da gravação ou da voz serão decididas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.

§ 4º. Das decisões previstas nos parágrafos 2º e 3º deste artigo cabe recurso em sentido estrito, com efeito suspensivo restrito ao incidente probatório.

Art.17. A transcrição dos trechos indicados instruirá os autos, conservando-se em cartório, em absoluto segredo de justiça, as fitas magnéticas ou elementos análogos, até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Parágrafo único. É permitido às partes extraírem cópias das transcrições e escutarem, em juízo, as gravações, cabendo ao juiz zelar pela preservação da inviolabilidade e privacidade da prova.

CAPÍTULO V

Da utilização da prova resultante das operações

Art. 18. Os resultados da interceptação, impedimento, interrupção, escuta e gravação, realizados fora dos casos, modalidades e formas estabelecidos nesta lei, não poderão ser utilizados como prova em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Art. 19. Os resultados das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do artigo 1º desta lei, hipótese em que se observará o disposto nos artigos 16 e 17.

Parágrafo único. Serão igualmente inutilizáveis os resultados das operações técnicas em procedimentos ou processos de natureza não-penal.

CAPÍTULO VI

Das sanções penais

Art. 20. Constitui crime proceder à operação de interceptação, impedimento, interrupção, escuta ou gravação de comunicação telefônica e das telecomunicações a ela equiparadas, fora dos casos, modalidades e formas previstas nesta lei.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem divulga ou utiliza o resultado das operações ilegais descritas no caput deste artigo.

§ 2º. A pena é aumentada de um terço se o agente for funcionário público, prevalecendo-se de seu cargo ou função.

Art. 21 . Constitui crime a gravação clandestina de conversa entre presentes, bem como a captação ou a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, análise ou utilização, fora dos casos, modalidades e formas previstas nesta lei.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesmas penas quem divulga ou utiliza o resultados das operações ilegais descritas no caput deste artigo.

§ 2º - A pena é aumentada de um terço se o agente for funcionário público, prevalecendo-se de seu cargo ou função.

Art. 22. Constitui crime divulgar ou utilizar, por quaisquer meios, o resultado das operações técnicas realizadas nos casos, modalidades e formas previstas nesta lei, protegido por sigilo judicial:

Pena — reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos, e multa.

Art.23 . Constitui crime a divulgação da gravação de conversa própria, por telefone ou por outro meio, gravada sem o conhecimento do interlocutor, salvo para o exercício regular de um direito.

Pena – reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos e multa.

Art. 24 . No caso dos crimes previstos nos artigos 20, parágrafo 1º, 21, parágrafo 1º , 22 e 23, a pena é aumentada de um terço se a divulgação se der por meio de jornais e outras publicações periódicas, serviços de radiodifusão e serviços noticiosos, bem como pela internet.

Parágrafo único – A responsabilidade penal, nesses casos, será determinada na forma dos artigos 37 a 39 da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 25 . Constitui crime fazer afirmação falsa ou induzir a erro a autoridade judicial, com o propósito de obter autorização para as operações previstas nos artigos 1º e 2º desta lei.

Pena – reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos e multa.

Art.26. Constitui crime autorizar as operações previstas nos artigos 1º e 2º desta lei fora dos casos, modalidades e formas nela estabelecidas.

Pena – reclusão, de 1 (hum) a 3 (três) anos, e multa.

CAPÍTULO VII

Disposições finais e transitórias

Art. 27. Ressalvadas as prerrogativas das partes, correrão em segredo de justiça os inquéritos e processos que contiverem elementos informativos ou provas obtidos na forma desta lei.

Art. 28 – Enquanto o Ministério da Justiça não definir e a ANATEL não regulamentar o sistema de gerenciamento a ser utilizado para as operações técnicas descritas nesta lei, a Chefia de Polícia estabelecerá a forma de sua execução, de modo a possibilitar o controle do Ministério Público e a garantir a regularidade, inviolabilidade e privacidade do sistema utilizado.

Art. 29. Esta lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação, aplicando-se, no que forem compatíveis, as normas do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar.

Art. 30. Ficam revogadas as disposições em contrário, e especialmente a lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, aplicando-se a nova lei aos processos pendentes, ainda não transitados em julgado, em que não tenha sido observado o disposto nos artigos 1º e 19 desta lei.