



# LETRAS Jurídicas

**Apresenta:**

---

**Artigos Jurídicos**

---

**Autora: Ana Thais Kerner  
Drummond**

---

*Este texto é de responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a linha programática e ideológica da Editora Letras Jurídicas.*

## As Provas Obtidas por Meio da Interceptação Telefônica

Drummond<sup>1</sup>, Ana Thais Kerner

### RESUMO

Na área jurídica a produção de provas é fundamental para o uso dos processos acusatórios, do contraditório e para o bom andamento do processo e o pleno exercício do direito. Neste sentido este artigo tem como objetivo geral o esclarecimento do uso devido da interceptação telefônica como meio de prova, através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e, com objetivos específicos a verificação de interpretação e constitucionalidade da prova, a análise da consciência daqueles que operam na área jurídica, e o proporcionar uma revisão de literatura sobre o tema e afins. Na seara metodológica calha observar, que as reflexões que seguem não têm por preocupação definir o conceito indeterminado de interesse público, o que nota-se são os esforços para a democratização de seu conteúdo na doutrina nacional. Dessa forma, para consolidar estes objetivos utiliza-se uma metodologia lastreada na revisão de literatura sobre o tema, as publicações com lastro na literatura atualizada e histórica em artigos, livros, teses e dissertações, bem como em sítios na *world wide web* e jurisprudências, consubstanciando-se uma pesquisa de revisão de literatura, documental e histórica seguida de análise doutrinária ao tema e afins bem como a jurisprudência ao tema. Por fim a autora consolida previsibilidades de tendências futuras no trato do tema.

**Palavras-Chave:** Prova. Eficácia Jurídica. Interceptação Telefônica.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Advogada. Especialista em Ciências Criminais, Violência e Segurança Pública e em Função Social do Direito.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA; 2.1 BASES LEGAIS E CONFLITOS; 2.10 DIREITOS INDIVIDUAIS E A GRAVAÇÃO SONORA; 2.2 LEI DE INTERCEPTAÇÃO: LEI N.º. 9.296/96; 2.3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ESCUTA TELEFÔNICA ANTERIOR À LEI; 2.4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ESCUTA; TELEFÔNICA POSTERIOR À LEI; 2.5 PROCEDIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO; 2.6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE; 2.7 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE; 2.8 NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 2.9 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA; 3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA NO PROCESSO; 3.1 O SIGILO TELEFÔNICO E A INTIMIDADE; 3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO § ÚNICO DO ART.1º DA LEI 9.296/96; 3.3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGAL E ILEGAL; 3.4 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3.5 CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA; 3.6 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE) NA PROVA DERIVADA; 4 COMENTÁRIOS FINAIS.

## 1 INTRODUÇÃO

É pacífico o fato de que as provas são uma alternativa e um suporte aos processos jurídicos, e, neste sentido a sua produção demanda de legalidade para que a mesma seja eficaz no processo em questão. No caso das provas eletrônicas verifica-se que as mesmas são uma modalidade relativamente nova no âmbito jurídico, de forma que, no caso especial das provas oriundas da interceptação telefônica são uma realidade cada vez solidificada na sociedade moderna.

Com isto a relevância e escolha do tema desta pesquisa reside na sua imprescindibilidade para que exista eficácia na sua aplicação na contemporaneidade.

Com isto demanda-se também o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao caso concreto da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, para que seu uso não seja utilizado de forma arbitrária. Além disto, a abordagem do processo de interceptação telefônica e a sua validade como prova acaba por proporcionar um maior esclarecimento para os operadores do direito, atingindo assim, julgados justos, em que será observado o devido processo legal.

Todavia, a quebra do sigilo é realizada na maioria das vezes sem a verificação de tais critérios, em que há mais desrespeitos do que observância ao direito à privacidade, que é tido como um direito fundamental de natureza relativa por se encontrar na esfera dos direitos da personalidade. Por conseguinte, se faz necessário verificar que a banalização do uso de tal medida, se deve a uma falsa

argumentação que o interesse público em qualquer caso prevalece em detrimento do privado, ou seja, no caso em comento, o da intimidade.

Porém, tal argumentação faz-se cair por terra, já que nenhum direito fundamental poderá ter natureza absoluta, e sim prevalecerá ao caso concreto aquele que for mais relevante, de forma a atender assim, um juízo de justiça, no qual a Constituição Federal anseia.

Portanto, tais princípios devem ser aplicados em todas as possibilidades da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, mesmo nos casos autorizados por lei, onde se buscará a necessidade da sua utilização para a persecução criminal, fazendo sempre necessário à existência do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, para que não ocorra abuso ao direito à privacidade.

Vale ressaltar, que aqueles que determinam e requeiram a interceptação telefônica, deverão ter como norte a Constituição Federal, ou seja, baseando-se no que a mesma pretende atingir, e não só se aterem a requisitos formais e procedimentais da lei que complementa a Magna Carta. Devendo ter uma interpretação teleológica, buscando a finalidade desta, e incidindo assim, ao caso concreto. Já que, o pedido de interceptação telefônica só deve ser autorizado em situações relevantes, ou seja, onde fique comprovado que a sua realização seja necessária e imprescindível à apuração criminal.

Desta maneira este artigo tem como objetivo geral o esclarecimento do uso devido da interceptação telefônica como meio de prova, através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e, com objetivos específicos a verificação de interpretação e

constitucionalidade da prova, a análise da conduta daqueles que operam na área jurídica, e proporcionar uma revisão de literatura sobre o tema e afins.

Para consolidar estes objetivos utiliza-se uma metodologia lastreada na revisão de literatura sobre o tema, as publicações com lastro na literatura atualizada e histórica em artigos, livros, teses e dissertações, bem como em sítios na *word wid web* e jurisprudências, consubstanciando-se uma pesquisa de revisão de literatura, documental e histórica seguida de análise doutrinária ao tema e afins bem como a jurisprudência ao tema.

Sendo, assim, a contribuição do trabalho só terá conseguido seu objetivo principal, quando aqueles que não são operadores do direito fiquem informados sobre o uso correto da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, para que não se tornem vítimas de abusos e dos seus desdobramentos. E aqueles que são, e requerem ou autorizem desta medida só a utilize em situações devidas e indispensáveis. Ora prevalecendo o interesse público, ora o interesse privado, mas tendo sempre como norte os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

A observância desses princípios citados garante julgados mais justos, onde será verificado o devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana, que é norteador de tais princípios citados.

Todavia, vale observar, que não se pode admitir o argumento de que as informações protegidas expressamente pelo sigilo, sem qualquer previsão de quebra, possam ser devassadas, com ou sem

autorização judicial, sob o argumento de que todo direito individual é relativo.

Dessa forma, qualquer interpretação em sentido contrário desafia a própria letra da Constituição Federal, eis que, quando quis abrir exceção ao sigilo, o legislador o fez expressamente, prevendo a possibilidade de autorização judicial apenas para as comunicações telefônicas, devendo esta ser utilizada em último caso.

## **2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

### **2.1 BASES LEGAIS E CONFLITOS**

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentando o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, de 1988, disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, contudo, antes do atual texto constitucional, era assegurado o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva. Paralelo a esse contexto, estava em vigor o art. 57, do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, que dispunha que não se constitui violação de telecomunicação quando o conhecimento é dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Deve-se registrar também que o texto era questionado em face da Constituição então vigente, que garantia o sigilo das telecomunicações

sem qualquer ressalva, de forma que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional, contudo, este não era o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias, que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, levando-se em consideração que nenhuma norma constitucional instituiu direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, ao passo que, a inexistência de ressalva no texto da Constituição não significava a absoluta proibição da interceptação, que poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves (GRECO FILHO, p. 2, 2005).

Deve-se verificar também que, no intuito de superar o conflito, quanto ao sigilo das telecomunicações, a Constituição de 1988 instituiu ressalva, nos seguintes termos do Art. 153, onde a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes, pois no seu § 9º garante a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas e no Art. 5º., garante ser 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.

Mesmo com tal ressalva, outro conflito se instaurou, a de ter sido ou não recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de



Telecomunicações, ou se era necessário criar uma norma específica regulamentadora.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgada em 9 de maio de 1996, concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, pois dependia do texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de forma que, a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se admitiria a interceptação em nenhum caso.

A lei regulamentadora é a agora comentada, que continua criando polêmicas, pelos Tribunais e outras, ainda, não enfrentadas na sua aplicação, pois, conforme preconiza Greco Filho (2005, p. 5): “Fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamento, quer em textos doutrinários, qual seja, a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação”.

Esta é que caracterizará o crime do art. 10, caso seja realizada fora dos casos legais, à gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada de gravação clandestina ou ambiental, não é a interceptação, nem está disciplinada pela lei atual e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares - o remetente e o destinatário - são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, que estão liberados se houver justa causa para a divulgação, porém, o seu aproveitamento como prova dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com

violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação.

Se considerar que a obtenção foi ilícita não poderá valer como prova, considerando-se a regra constitucional de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos, mas não a interceptação de telecomunicações.

Assim sendo, segundo Jose Afonso da Silva (1991, p. 377), com esta consideração passou-se a abrir excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição ordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos.

Percebe-se, assim, que a problemática da gravação unilateralmente realizada, insere-se no mesmo contexto da fotografia ou vídeo-gravação oculta e da escuta a distância, não tendo nenhuma relação com interceptação telefônica. É importante observar que a lei não disciplina a interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores, também, chamada de escuta telefônica.

Aplica-se, ainda, a disciplina da norma legal à quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mesmo não se tratando de “interceptação” propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nos concessionários de serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas e os números chamados para telefones celulares (GRECO FILHO, p. 9, 2005).

Nesse contexto, ainda segundo o que preconiza Greco Filho (2005, p. 11): “O sujeito passivo da interceptação, portanto, é a pessoa que fala e não o titular formal do direito de uso da linha”.

Dessa forma, interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles. É de fundamental importância não confundir interceptação telefônica com a escuta telefônica, que é a mesma captação feita por terceiro da comunicação entre dois (ou mais) interlocutores, mas com o conhecimento de um deles (ou alguns deles). Assim, nada impede que uma pessoa que não esteja fazendo parte desta reunião, via comunicação telefônica, possa interceptá-la para fins espúrios, ou seja, para fins não autorizados em lei.

Dessa forma, pelo exposto, vale considerar que, no caso de ocorrer uma interceptação da comunicação por pessoa não participante da reunião e sem o conhecimento das demais, haverá interceptação telefônica, mas, ressalta-se, havendo conhecimento de algum participante da reunião haverá escuta telefônica.

Nesse contexto, entende-se que a escuta ambiental não está disciplinada na Lei 9.296/96, assim como, a gravação telefônica clandestina, mas, mesmo estando fora da disciplina da mencionada lei, pode estar açambarcado pelo inciso X, do art. 5º, em confronto com o inciso LVI, do mesmo artigo, ambos da CRFB.

No Entanto, a divulgação, sem justa causa, da conversa confidencial poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 152 do Código Penal.

## 2.2 LEI DE INTERCEPTAÇÃO: LEI N°. 9.296/96

Em julho de 1996, com as reformas neoliberais implementadas pelo governo de então, foi sancionada a Lei nº 9.296, que admitiu a quebra do sigilo telefônico mediante autorização judicial e para fins penais.

Sabe-se que quando não tinha essa Lei, autorizando a quebra do sigilo telefônico, a prova obtida, até então, não podia ser usada para condenar nenhum criminoso, bem como, ser crime quem a colhesse (art. 151, § 1º, II, do Código Penal).

Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio, através da Lei nº 9.296/96, estabeleceu as hipóteses de cabimento da medida excepcional, sinalizando, ainda, que a decisão autorizativa da invasão na intimidade alheia deve delimitar o objeto da investigação, bem como os investigados, alvo da interceptação.

É importante observar, no entanto, que, como as normas constitucionais de eficácia limitada - “é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver, preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração” (REALE, 1996, p. 108) - causam alguns efeitos jurídicos negativos, pois vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos, tem-se a Lei que disciplinou a interceptação telefônica que ficou adstrita aos requisitos mínimos constantes da Carta Magna, que são: a exigência de autorização judicial; e a interceptação deve ser realizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Verifica-se, então, que a Constituição no seu art. 5º, inciso XII, permite uma única exceção: a interceptação de comunicações telefônicas desde que exista prévia autorização judicial. São, portanto, dois os requisitos para tornar lícita a interceptação: ordem judicial e existência de investigação ou processo penal.

Conclui-se, assim, estar afastada a possibilidade de interceptação preventiva, pois é indispensável a prévia existência de investigação policial ou o processo penal, que só ocorre após o fato criminoso.

A exceção permite apenas a interceptação telefônica. Portanto, seria ilícita a interceptação de cartas, de comunicação telegráfica e de dados.

Portanto, pela simples leitura do referido inciso XII tem-se por revogado o artigo 240, parágrafo 1º, letra "f" do Código de Processo Penal, que permitia à autoridade policial, na busca domiciliar, a apreensão de cartas fechadas ou abertas, destinadas ao réu ou em seu poder para efeito de prova em processo penal.

É importante observar que a autorização judicial, somente, será dispensada em hipótese, expressamente, prevista no próprio texto constitucional, como na hipótese de estado de defesa (CF, art. 136, §1º, I, c) e estado de sítio (CF, art. 139, III). A Lei nº. 9.296/96 abrange os seguintes requisitos legais para a concessão da quebra do sigilo telefônico: requer a ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal; necessita de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; o fato a ser investigado deve ser punido com reclusão, pois, assim, as contravenções penais e os crimes apenados com detenção não comportam a medida; a

interceptação como único meio disponível. Assim, não será permitida quando outros meios de prova se mostrarem idôneos para o esclarecimento do fato; e que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal.

Percebe-se que a doutrina é unânime em criticar o Art. 2º, inciso III, que afirma sobre a questão do fato a ser investigado estar, apenas, relacionado com a pena de reclusão, relatando os motivos citados a seguir: crimes, como furto de coisa de pequeno valor e a apropriação indébita simples, ensejam a interceptação, ferindo, deste modo, o princípio da proporcionalidade; e contravenções penais, como a do jogo do bicho, não são passíveis da violação do sigilo telefônico, bem como o crime de ameaça.

Observa-se, ainda, que o §2º, do art. 6º, da Lei de Interceptação impõe a autoridade policial a diligência de lavrar um auto-circunstanciado contendo o resumo das operações realizadas e encaminhar ao Juiz para que adote as providências do art. 8º, da mesma lei.

Nesse contexto, os crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, mas, que, porém tiveram a decretação da medida cautelar durante a vigência da mesma, estarão sendo apurados dentro de um devido processo legal, sem a incidência do disposto no inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Brasileira. Já, os crimes cometidos antes da entrada em vigor da norma e que, no mesmo período, tiveram a decretação da medida cautelar de interceptação telefônica, estarão sendo apurados segundo o princípio da inadmissibilidade das provas

obtidas por meios ilícitos, ou seja, farão surgir às provas ilícitas que contaminara todo o processo.

No contexto atual, a jurisprudência entende que não age ilicitamente, encontrando-se acobertado por excludente de antijuridicidade, quem, para provar a própria inocência, grava conversação com terceiro, no entanto, quanto à questão da degravação, tal expressão não encontra significado no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, mas a doutrina entende como sendo a transcrição da gravação telefônica, ou seja, a documentação do meio de prova.

Sendo assim, a degravação é necessária para que, posteriormente, o acusado, ao exercer o contraditório diferido possa tentar demonstrar, por exemplo, que aquela voz não é sua e submetê-la a perícia de espectrograma.

Processualmente, deferida a requisição com base na Lei nº 9.296/96, a interceptação será mantida em segredo de justiça e autuada de acordo aos autos de inquérito policial ou de processo criminal, em que, o auto de interceptação abrangerá todos os atos realizados, de que forma foram feitos e a degravação da mesma, salientando que a estes elementos, só terão acesso o juiz, os auxiliares da justiça, o Ministério Público, as partes e seus procuradores.

Percebe-se, atualmente, que um dos aspectos que têm gerado polêmicas e que, também, tem relação com as questões que envolvem a aplicação da Lei de Interceptação, é o uso de recursos de criptografia que objetivam proteger os indivíduos em suas relações diárias.

Estes aspectos têm se destacado na sociedade brasileira, trazendo maior segurança, principalmente, para as empresas e entidades governamentais, que precisam de sigilo nas suas comunicações.

No Brasil, não se tem qualquer norma que proíba ou que regule tal matéria, sendo o seu uso livre, com algumas exceções, tal como, no caso de órgão do governo, que devem adotar padrões em conformidade com a Medida Provisória nº 2.200/2001. Até então, tendo por base o uso de criptografia aplicáveis às telecomunicações, como no caso dos aparelhos “anti-grampo”, percebe-se que a interceptação de determinados dados pode ser impossibilitada em face do uso de tal tecnologia.

Neste contexto, questiona-se sobre a legalidade de, no caso de uma interceptação telefônica, verificando-se o uso de criptografia por parte do suposto acusado, este ser obrigado a fornecer os recursos necessários à quebra de tal código. No Brasil, os fabricantes de tecnologias baseadas em criptografia e seus distribuidores, bem como, demais envolvidos na relação, não são, legalmente, obrigados a efetuar a quebra de códigos que estejam sobre a gerência de um determinado usuário, em que os mesmos, ainda, não são obrigados a dispor dos meios necessários para viabilizar a possibilidade de quebra de uma determinada informação que esteja criptografada.

Nesse sentido, salienta-se que, apenas, as operadoras de serviço de telecomunicações devem suspender o sigilo das comunicações que trafegam em sua rede por meio de uma determinação judicial que detenha os requisitos necessários e que esteja em conformidade com o texto constitucional e a Lei nº 9.296/96, que regulamenta a



interceptação telefônica no Brasil. Assim sendo, observa-se que a Constituição Federal garante o direito do acusado em permanecer calado, em que, se determinado documento criptografado constituir uma prova contra este, o mesmo tem o direito de se recusar a fornecer a chave privada às autoridades.

### 2.3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ESCUTA TELEFÔNICA ANTERIOR À LEI

Anteriormente a Lei n.º 9.296/96, considerava-se a gravação telefônica como prova ilicitamente obtida e não possuía méritos para condenar o acusado, pois, ainda, não havia uma lei regulamentando-a. Nesse contexto, este tipo de prova foi legalizada com a lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal. Cita-se, a seguir, o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, que positiva a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade do 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 e a previsão da devassa indevida com penalidade associada.

O Supremo Tribunal Federal, anteriormente a Lei 9.296/96, observava que a prova obtida por derivação, sem a regulamentação da norma constitucional era ilegal. Nesse sentido, não se aceitava, o levantamento de provas, como a escuta telefônica, sem a existência de uma lei regulamentadora, já que o Poder Judiciário é obrigado a ficar ao lado da Constituição, que não aceita provas, ilicitamente, obtidas,

conforme observa o art. 5º, LVI “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

## 2.4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ESCUTA TELEFÔNICA POSTERIOR À LEI

Com o advento da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, o inciso XII da Constituição Federal Brasileira de 1988, foi regulamentado, finalizando a problemática da questão.

Esta Lei estabeleceu as hipóteses de autorização para a interceptação telefônica, do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, exigindo do juiz uma decisão fundamentada a respeito.

Observa-se, também, que a gravação de conversa feita por meio de interceptação telefônica lícita deverá ser transcrita a termo, e as partes que não forem importantes ou ligadas ao fato investigado deverá ser desgravada e retirada do termo, a requerimento da parte ou do Ministério Público. Nesse sentido, é de fundamental importância sinalizar que a lei 9.296 de 24 de julho de 1996 não admite a interceptação telefônica com cunho de fiscalização administrativa, sendo punida quando realizada com reclusão.

## 2.5 PROCEDIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO

Segundo Greco Filho (2005, p. 45), sobre o procedimento de interceptação, que só pode ser determinado por meio de autorização judicial, como já sinalizado anteriormente o mesmo deve ser de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. (GRECO FILHO, 2005, p47).

Como já analisado anteriormente, a interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Sendo assim, a interceptação pode ser tanto antecedente ao processo penal, quanto incidental, depois daquele instaurado.

Analisando o sistema do Código Brasileiro de Telecomunicações, percebe-se que a quebra de sigilo telefônico era prerrogativa da companhia concessionária do serviço público, ao passo que, no sistema da lei (art. 7º), a autoridade poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias, significando que poderá, também, realizar a diligência pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa. Sendo assim, corre-se o risco de invadir a intimidade das pessoas e a segurança do sigilo, que deve cercar a medida, inclusive em face de eventual responsabilização pelo crime do art. 10.

É de fundamental importância salientar que o pedido de interceptação deve, de regra, ser feito por escrito, mas, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado

verbalmente, neste caso, a concessão da autorização será condicionada à sua redução a termo. Cabe ao juiz, também, ordenar a lavratura do termo, caso a interceptação seja feita por ofício, para que se cumpra o disposto no art. 8º, ou seja, a formação de procedimento a ser autuado em apenso. (GRECO FILHO, 2005, p. 51).

No que concerne à fundamentação, é importante considerar as observações colocadas pela doutrina e jurisprudência quanto ao decreto de prisão preventiva, ou seja, não pode ser genérica ou, apenas, repetir as palavras da lei, mas deve basear-se em argumentos fáticos e específicos do caso. O deferimento, ou não, da medida, não depende de audiência prévia do Ministério Público, mas, havendo essa necessidade, considerando-se ser o Ministério Público o titular da ação penal e o fiscal da aplicação da lei, será necessário a sua audiência prévia, inclusive para a segurança da utilização da prova posteriormente.

Observa-se, também, que na fase de inquérito, se o suspeito ou indiciado desejar utilizar-se de instrumento de tutela da liberdade, como, por exemplo, o *habeas corpus*, também, terá direito de acesso à prova. Entende-se que o acesso ao apartado ou apenso pelo Ministério Público, o magistrado ou defensor deve, sempre, embasar-se da preservação do sigilo, inclusive para o futuro.

## 2.6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

No que tange a questão do princípio da proporcionalidade, sabe-se que, no Brasil, não há uma norma constitucional que consagre expressamente esse princípio, no entanto, este figura no ordenamento jurídico, devido à escolha política do Estado Democrático de Direitos, que se digna a proteção dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos. Dessa forma, por ser um princípio limitador, ele privilegia a efetividade dos direitos fundamentais citados pela ordem constitucional, sinalizando os desejos da atualidade. (BONAVIDES, 1994).

Nesse sentido, Bonavides (1994, p. 97) observa que, enquanto o princípio constitucional, somente se compreende seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de direito, a citar, uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, como apogeu no Direito positivo da Constituição de Weimar; a outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

Com isto, entende-se que o princípio objetiva estabelecer com que a ordem legal acompanhe a evolução histórica de cada sociedade, onde, em alguns casos, favorece um direito que não se esgota na lei, já que se prima que esta mesma lei não viole os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Partindo-se do conceito do princípio de proporcionalidade, percebe-se que este é a maior satisfação da pretensão de um direito através da menor restrição possível de outro, em que o ônus deve ser

até a medida do necessário, para que se tenha ponderação dos valores envolvidos, objetivando harmonizar os direitos que se confrontam. É importante observar que o princípio da proporcionalidade pode ser denominado como lei de ponderação, devendo ser sopesados os interesses e direitos em jogo para que se alcance a solução concreta mais justa (JÚNIOR, 2002).

Considera-se então que a proporcionalidade é um valor, em virtude de que se caracteriza como metanorma, estando acima das normas jurídicas, cuja atribuição é norteá-las, dada a sua instituição como valor superior do ordenamento jurídico, possibilitando o conhecimento do fenômeno jurídico é, também, um postulado valorativo, no sentido de se tratar de uma proposição reconhecida que não necessita de demonstração, pois é ínsita ao sistema jurídico.

## 2.7 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Um dos mais veementes teorizadores quanto à distinção é Willis Santiago Guerra Filho. Entretanto, merecem ser mencionados Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Margarida Maria Lacombe Camargo, Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, entre outros.

Num outro ângulo, um dos maiores expoentes de que os termos têm a mesma significação é Gilmar Ferreira Mendes, contudo também

devem ser citados outros seguidores desse caminho, tais como German J. Bidart Campos.

No interior da corrente que admite a diferenciação entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, vários são os critérios expostos pelos doutrinadores para alcançarem sua meta e, um dos mais manifestados - principalmente na seara administrativista - é o de que a razoabilidade é gênero e a proporcionalidade é a espécie. Sendo esta corrente adotada pela pesquisa em comento.

A ênfase na razoabilidade decorre de que os administrativistas enfocam a proporcionalidade como o elemento que concretiza a atividade razoável da Administração, no sentido de que deve haver o equilíbrio entre os meios e fins escolhidos pela mesma.

Deve-se considerar que existem pontos de encontro entre a os conceitos de proporcionalidade e da razoabilidade, pois, o mais notório ponto de confluência entre os princípios está centrado no objetivo deles, pois, ambos desejam o controle da arbitrariedade do Poder Público, além disto deve-se considerar que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são pautas de interceptação e aplicação dos enunciados jurídicos, guias normativos que orientam a atuação do Poder Judiciário.

Não obstante a isto, existem distinções que devem também ser consideradas, a exemplo o contexto histórico do seu surgimento, visto que o princípio do devido processo legal possui três fases nos Estados Unidos da América, a citar, o caráter procedimental (procedural due process) de 1853 a 1890; o caráter substantivo, contrapondo-se à de cunho adjetivo, de 1890 a 1937, onde a preocupação é deslocada para

os direitos econômicos, abandonando-se a visão exclusivamente procedimental do devido processo legal e o também caráter substantivo, a partir de 1937, não mais atinente apenas à preocupação econômica, gravitando em torno dos Direitos individuais, pois o Estado - agora dito Social - tenciona possibilitar a maximização dos Direitos e garantias fundamentais do indivíduo, elevando-se a autonomia individual.

Também deve-se considerar que no Direito Americano o controle da arbitrariedade do Poder Público ocorre por meio da interpretação e aplicação do princípio da razoabilidade, concluindo-se assim que a raiz histórica da razoabilidade é princípio do devido processo legal, enquanto que da proporcionalidade foram os anseios do Estado de Direito, pós Segunda Guerra Mundial.

Além disto tem-se a distinção do dimensionamento, ou seja, a proporcionalidade é o princípio do ordenamento jurídico e está assentada sobre a teoria da argumentação e por isso, é dimensionada sobre três elementos: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade desta maneira passa a postular uma fundamentação procedimentalizada.

Já a razoabilidade é um princípio, mas não o princípio dos princípios, vez que basta para seu exercício que se dê preferência para o razoável, o aceitável socialmente na visão de Perelman ou dentro da lógica do razoável de Recaséns Siches.

Tem-se também o fato de que a razoabilidade se esgota na função de bloqueio, ou seja, do bloqueio do que é inaceitável ou arbitrário.



Logo, considera-se o princípio em si mesmo, possuindo função negativa, na esteira do estabelecimento do que é inadmissível.

Desta maneira, quando esse postulado axiológico se positiva, normatiza-se, transforma-se em precipício, mas, como a proporcionalidade não é um princípio qualquer, porque não pode ser ponderada, ela passa a ser o princípio dos princípios, isto é, a premissa do sistema equivalente à norma fundamental que em nada se compara à paradigma Kelsiano, em razão de que não é estática e não está no topo da pirâmide, todavia, tem aplicação direta e imediata na base, acompanhando a evolução da interpretação jurídica, ainda mais, porque se apresenta como procedimento que envolve as decisões.

Por fim, e não menos importante, o método da Ponderação dos Interesses, de François Rigaux, que, analisando o método da ponderação dos interesses - nos julgamentos da Suprema Corte Americana e da jurisdição federal alemã - conclui que há duas variantes desse método: a *categorical balancing* e *ad hoc balancing*, onde o método *categorical* produz uma norma nova de aplicação geral, fundamentando-se na razoabilidade, típica do Direito Americano e o *ad hoc*, ao contrário, ocasiona a norma própria do caso particular, estando atrelado à jurisdição federal alemã, formalizando, desse modo, um juízo típico de proporcionalidade.

## 2.8 NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quanto à natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, há duas correntes: a substancialista e a formal; onde verifica-se que a doutrina material ou substancial enxerga a proporcionalidade como medida justiça, o interprete do enunciado jurídico, ao adotar a proporcionalidade, no prisma dessa corrente, destacará os critérios ou pontos de vista materiais conformadores da decisão, chegando-se, assim, à resolução do conflito. Por conseguinte, a proporcionalidade possui conteúdo material.

Já a doutrina formal encara o princípio como um procedimento, cujo objetivo é alcançar a decisão do caso concreto. A aplicação da proporcionalidade, de cunho procedimental, alavanca e entra em contato com as normas substanciais, relevando-as em sentido, quando trabalha com adequação, necessidade e a lei da ponderação.

Isto posto, deve-se verificar que, no Brasil, podem ser citados Willis Santiago Guerra Filho, Humberto Bergmann Ávila e Wilson Antônio Steinmetz que se posicionam a favor do critério formal e tem-se a opinião de que a doutrina formal é a que atende aos ditames do objetivo da proporcionalidade, ao se caracterizar com nítido aspecto procedimental que flui ao encontro da efetivação das normas materiais.

Além do que, é de se refletir que os defensores da corrente material não conseguem superar a crítica que lhes é imputada, no sentido não conseguirem definir quais são os critérios materiais da decisão. Deflui essa crítica da própria dificuldade de tentar estabelecer o conceito de Justiça e o que é medida Justiça.

## 2.9 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Com o exposto sobre as doutrinas, principiologia e teorias sobre a proporcionalidade verifica-se que, no que tange a temática abordada neste trabalho, segundo a Constituição Federal (art.5º, LVI), as provas obtidas por meio ilícitos não poderá ser utilizada no processo. Tal premissa constitucional objetiva garantir o direito do cidadão, entretanto, esta regra não é absoluta, e, ainda, de acordo com Francisco (2005, p. 143), que preconiza que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando a corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em caso de excepcional gravidade.

Nesse contexto, percebe-se que o princípio da proporcionalidade é de fundamental importância para o direito, já que em diversas situações, ajudam na decisão do julgador, diante de um caso concreto, principalmente, quando os interesses estão coligados com os instrumentos de aquisição de prova, sob análise.

Percebe-se também que a interceptação telefônica, nos moldes reguladores de acordo com a Lei 9.296/96, funciona, plenamente, como meio de formação da prova para sua utilização na persecução criminal e pouco paira dúvida neste certame. É importante sinalizar que tal Lei citada, não será usada quando as partes forem o acusado e seu advogado, já que o sigilo profissional deste é garantia do próprio

devido processo legal, acrescenta-se, ainda, que, isto, somente, acontecerá, caso o advogado esteja envolvido na atividade criminosa.

Além disto verifica-se também que posicionamentos jurisprudências tentam entrar em um consenso quanto à validade deste meio de obter prova, tornando-o, em princípio, lícito (FRANCISCO, 2005, p. 115).

Verifica-se também que a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da proporcionalidade às normas constitucionais se articulam num sistema cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a algum direito por ela conferido, no caso, o direito à intimidade (RHC 7.226/SP, Rel. Min. Edson Vidigal).

Nesse sentido, no que tange a captação de som ambiente, que, é importante que se observe, figura como forma clandestina de gravar conversa, tem entendido este comportamento como sendo lícito (RE 212081/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti). É de fundamental importância perceber, neste contexto, que o conflito se estabelece no que concerne ao consentimento dos co-locutores sobre a gravação da conversa telefônica, não tendo, entretanto, discussão quando os interlocutores estão cômnicos da gravação da conversa (ARANHA, 2004, p. 276).

Outra observação de suma importância a ser feita é que não existe alteração sobre a licitude, quando a gravação de conversa acontecer em um local público, isso se justifica devido o local ser de exposição livre e público, tendo-se, assim, uma prova lícita. Já,

quando a captação de um som é feita em local privado, é tida como prova ilícita, pois vai contra o inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, contudo existe a exceção legal prevista no art. 2º, da Lei n. 9.034/95 que prevê os crimes praticados por organização criminosa (ARANHA, 2004, p. 284).

## 2.10 DIREITOS INDIVIDUAIS E A GRAVAÇÃO SONORA

Os direitos individuais se encontram entre os direitos de primeira geração, que compreendem as liberdades negativas clássicas, que realçam o princípio da liberdade. São direitos civis e políticos, surgiram nos finais do século XVII, e representam uma resposta do Estado Liberal absoluto. Dominaram todo o século XIX, haja vista que os direitos de segunda dimensão só floresceram no século XX.

Representam os meios de defesa das liberdades do indivíduo, a partir da exigência da não-ingerência abusiva dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo. Limitam-se a impor restrições à atuação do Estado, em favor da esfera de liberdade do indivíduo. Por esse motivo são referidos como direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

A exemplo do direito em comento, a Constituição da República Federativa do Brasil, assegura a todo cidadão o direito a inviolabilidade do sigilo de comunicação e a interceptação, salvo para fins de investigação criminal e instrução processual penal, como consta no Art. 5º, XII, que preconiza a igualdade de todos perante a lei

bem como a inviolabilidade e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

A constituição também deu ênfase aos direitos e garantias fundamentais, arrolados nos 77 incisos do art. 5º que, ademais, não constituem *numerus clausus* em face do disposto no parágrafo segundo do mesmo artigo. A intimidade é um dos direitos fundamentais consagrados expressamente no texto constitucional, no seu art. 5º, inciso X da Constituição estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, integrando-se assim ao direito da vida privada.

Entretanto deve-se registrar que os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional.

É exemplo de adoção dessa orientação pelo Supremo Tribunal Federal, este trecho do MS nº 23.452/RJ, relator Min.Celso de Mello, DJ 12.05.2000 que afirma que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

### **3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA NO PROCESSO**

#### **3.1 O SIGILO TELEFÔNICO E A INTIMIDADE**

Como já foi analisado, o sigilo e a intimidade, só poderão ser violados por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e o referido dispositivo legal tem causado, desde a promulgação da Constituição, enorme polêmica na doutrina sobre o seu exato alcance e sentido.

Previamente o conceito de comunicação telefônica deve ser interpretada extensivamente, abrangendo dessa forma, a transmissão emissão ou receptação de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens ou informações de qualquer natureza, por meio da telefônica, estática ou móvel.

Todavia, como já foi analisado nenhum direito fundamental pode ser caracterizado absoluto perante outro, o que faz, assim, cair por terra à divisão dos direitos fundamentais, já que todos possuem caráter relativo, no qual prevalecerá aquele de maior relevância ao caso concreto, tendo como critério os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Desta forma, a citada lei da interceptação telefônica, deverá sempre, pautar-se pela norma constitucional que lhe dará as diretrizes por meio de uma hermenêutica teleológica, juntamente com uma discricionariedade judicial delimitada pela ponderação de valores e interesses, baseada nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade perante o caso concreto.

### 3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO § ÚNICO DO ART.1º DA LEI 9.296/96

No que condiz ao § único do art.1º da lei comentada, prescreve: “O disposto nesta Lei aplica-se à interpretação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

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

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

Portanto, como se verificou comprovar, o parágrafo único do art. 1º da citada Lei, é de explícita inconstitucionalidade, no tocante ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, pois como preleciona Vicente Greco Filho que afirma que “... 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 das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como no ‘último caso’, mas como no ‘segundo’.

### 3.3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGAL E ILEGAL

Como visto, a violabilidade da intimidade é a exceção, e para que a prova obtida não seja considerada ilícita, deve-se atender aos requisitos impostos pela lei que regula o dispositivo constitucional, e respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que pode ser analisado ao contrário sensu no art 2º da citada lei reguladora, ou seja, a interceptação de comunicação telefônica poderá ocorrer, quando: houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, ou seja, deve haver fato determinado definido como crime e que necessite ser apurado e provado; a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, o que implica que esses meios são os existentes no momento que é solicitada a interceptação; o fato investigado constituir infração penal punida, com pena de reclusão, observando que nem todos os crimes dessa espécie poderão ser passíveis de incidir tal medida, ex: o furto simples, que pode ter sua pena convertida em multa se de pequeno valor a *res* furtiva.

Ademais, o art. 4º da referida lei, determina que o pedido da interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade à apuração da infração penal.

Observando, também, as hipóteses em que não for possível a ação penal, como por exemplo, estiver extinta a punibilidade por qualquer das causas legais ou se faltar condição de procedibilidade.

Todavia, mesmo que haja a vedação constitucional da utilização das provas obtidas por meio ilícito no processo, como prevê o art. 5º inc LVI, esta não poderá ser interpretada como regra absoluta, como ensina Francisco (2005, p. 143).

Desta forma, os princípios citados dão guarida também á utilização de prova obtida por meio ilícito, em certos casos, quando tendo em vista a relevância do interesse público ao caso concreto, ou como já foi analisado, para a absolvição do réu, que seria mais nada do que a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita.

O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. Já que, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto, como os demais direitos e garantias.

Parte-se, dessa forma, da premissa que toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Implica, assim, que qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição, direta quando uma norma se fundar em uma norma constitucional, e indireta, quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; b) ao aplicar a norma,

deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A partir desse conjunto de ideias e transformações metodológicas, que se originou o dogma tradicional do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Por conseguinte, a interpretação dada à Constituição quer pela esfera judiciária ou administrativa é pautada em fundamentos implícitos ou explícitos na qual a Carta Magna restringe direitos individuais em prol de interesses da coletividade.

Portanto, como efeito de ponderação de interesses, o público deve ser considerado, todavia, não pode partir do pressuposto de que sempre deva prevalecer sobre quaisquer interesses privados, mesmo quando já haja regra constitucional específica dirimindo o conflito entre eles.

### 3.4 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo o direito a preservação do sigilo das comunicações telefônicas previsto na seara dos direitos fundamentais, e sendo este violado pela Interceptação telefônica, faz necessário frisar que tal direito não poderá ser subjugado de forma arbitrária pelo Estado, já que tem a função de diretriz, no qual o Estado deverá pautar-se em suas ações.

Dessa maneira, sendo a Constituição, documento normalmente escrito que ocupa o centro do sistema jurídico, é fenômeno

relativamente recente. Surgiu no processo de formatação do Estado moderno, como tentativa de estabelecer limites racionais ao exercício do poder (principalmente no contexto de transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito) em vista da necessidade de tutela e proteção de certo núcleo de direitos fundamentais. A própria ideia de Constituição já indica o seu telos justificador, o seu compromisso com o ethos da modernidade, qual seja, o de ubicar o homem ao centro do mundo, como produtor/interventor das relações sociais e do Direito.

Por esta razão tem-se que qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais (e, logo, com o ser humano e o cidadão), não comprometida com a ética da modernidade e sua racionalidade, não é, propriamente, uma Constituição. E esta crítica pode-se voltar para a visão que, hoje, os neoliberais têm do fenômeno constitucional, pois o reduzem a um simples instrumento de governo e de economia, ou de interesses particulares totalmente descompromissados com os direitos fundamentais, que deixam de ser o seu núcleo e passam a ser espécies de “concessão,” direitos que substanciam o “resto” do banquete e da lógica dos incluídos.

Portanto, é a partir dos direitos fundamentais (pois são os direitos vinculados à proteção do homem) que se deve compreender uma Constituição. Esses é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismo de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder.

Tais ideias, como se vê, pautam-se em uma noção pressuposta de democracia que proporciona conjugada com o substrato ético da

Constituição, o que se pode chamar de verdadeira virada de Copérnico da concepção estatal. Repisa-se: o Estado legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele. O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos direitos fundamentais.

### 3.5 CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

O conceito de violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica é lastreado no inciso II do § 1º do art.151 do CP: “quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida à terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas”. A violação em pauta tem pena detenção, de um a seis meses, ou multa, e tem os seguintes elementos qualificadores, a citar: divulgar - significa tornar público o conteúdo da comunicação; utilizar - significa usar a comunicação obtida para qualquer fim; e, transmitir que significa a pesquisa de noticiar o conteúdo a outrem.

Neste cenário o objeto material do delito: conversação telefônica – telefone, onde, o Vicente Greco Filho diz que na verdade, dois são crimes previstos no dispositivo: realizar interceptação indevidamente e quebrar o segredo da Justiça. Os momentos de sua possível ocorrência são diferentes, os agentes, em princípio, serão diferentes, de modo que serão tratados, aqui, separadamente.

Sendo assim, haverá a derrogação do art. 151, inc II do CP, que se encontra derogado tacitamente quanto à conduta agora incriminada.

A escuta não se trata de crime próprio. Qualquer pessoa pode cometê-lo, exceto os participantes, pois, existem dois elementos no tipo, sendo eles um normativo e outro subjetivo, o primeiro é sem autorização judicial e o segundo é com objetivos não autorizados em lei.

Esses elementos são alternativos, ou seja, a existência de qualquer deles caracteriza o crime, em outras palavras, ainda que a interceptação seja judicialmente autorizada, se a finalidade não é a de investigação criminal ou instrução processual penal ocorre a infração; reciprocamente, se a interceptação é feita com essa finalidade, mas sem a autorização judicial, também incide a norma penal.

### 3.6 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE) NA PROVA DERIVADA

A prova por derivação é alcançada devido à descoberta de prova originária que de modo secundário leva ao conhecimento de outra prova, denomina-se tal evento de prova derivada. A questão vem a ser confusa quando a prova originária encontra-se eivada de vício, assim, abre-se o leque para debates.

Um exemplo para ilustrar esta situação é o caso dos policiais que interceptam uma ligação telefônica de suspeitos um crime, sem ordem

judicial e sem conhecimento dos interlocutores, descobrindo, por meio desta conversa, que o fato que a eles seria imputado, deve ser oposto perante terceiro, ou seja, o verdadeiro agente do delito.

Certo é, contudo, que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, tem encontrado limitações na doutrina, nacional e estrangeira, e pela Corte Suprema norte - americana: têm elas sido excepcionadas da vedação probatória quando a conexão com a prova ilícita é tênue, de maneira a não se colocarem como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em “independent source” e no segundo, na “inevitable discovery”. (*obra cit obra cit* , *obra cit*, pp. 152-153)

### 3 COMENTÁRIOS FINAIS

Tendo como subsídio as informações adquiridas ao longo dessa pesquisa, pode-se concluir que o direito da intimidade, não pode ser subjugado por outro direito, garantia, ou pela argumentação do interesse público, só porque se encontra na esfera dos direitos da personalidade, possuindo assim, natureza relativa.

Além disto, visto que todos os direitos fundamentais são relativos, no qual prevalecerá ao caso concreto o interesse preponderante em questão, tendo como critério a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sendo assim, não poderá ter como fundamento para a realização da interceptação telefônica a simples argüição do interesse público, como também deverá ser respeitado todos os requisitos impostos pela lei que regulamenta a norma constitucional, sob pena de a prova se tornar ilícita, contaminando, conseqüentemente, aquelas que estejam a ela vinculadas.

É importante ressaltar que a interpretação dada à norma constitucional que autoriza a interceptação deverá ser restritiva, visto que, tal medida é uma exceção à regra do sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, esta só poderá ser violada quando não puder ser utilizado outro meio possível à investigação criminal e processual, evitando assim, o uso desproporcional da medida.

Deve-se ressaltar também que as autoridades responsáveis para conceder e avaliar as provas obtidas pela a interceptação das comunicações telefônicas, devem pautar-se pelo critério da verdade formal ou processual, que implica da submissão ao princípio da estrita legalidade, possuindo caráter empírico na sua cognição, onde haverá a presença de uma intersubjetividade entre o desvio punível e o princípio da estrita legalidade, no qual este último sobreporá aquele.

Neste sentido torna-se imprescindível à existência de uma convenção legal estabelecida previamente com exatidão que o fato deve ser considerado como delito, evitando assim, arbitrariedades.

Por fim, conclui-se que a interceptação telefônica não deve só observar os requisitos legais da lei infraconstitucional, como também, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, juntamente com



uma interpretação constitucional, visando, dessa forma, buscar o verdadeiro interesse público.

### **Referências**

ALVES, Rossano Alves. **Processo penal**. Brasília: Fortium, 2005, p. 162-64, 152-53.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 276, 28-84.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 392-434.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CASTRO, Eveline Lima de. **Interceptação telefônica face às provas ilícitas**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3274>. Acesso em: 27 jul 2015.

COELHO, Luís Alberto Carlucci. **Aspectos da Lei de interceptações telefônicas**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=196>. Acesso em: 27 jul 2015.

DUCLERC, Elmir. **Curso básico de direito processual penal**. V. 2. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 46-54.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 31<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCISCO, Andréa Golmeia. **Direito constitucional**. Brasília: Fortium, 2005, p. 114-115; 143-144.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **O princípio da proporcionalidade no processo civil brasileiro**: O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil Brasileiro, Ed. Saraiva. Cap. II. Material da 4ª aula da Disciplina Novos Aspectos da Teoria do Direito, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social do Direito: processo, constituição e novos direitos - UNISUL/REDE LFG.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no processo penal**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 154.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: RT, 1982, p. 251. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/24/32/2432/p.shtml>. Acesso em: 27 jul 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: RT, 1982, p. 251. Disponível em: [http://www.direitonet.com.br/textos/x/14/76/1476/DN\\_interceptacao\\_Telefonica.doc+A+Instituicao.htm](http://www.direitonet.com.br/textos/x/14/76/1476/DN_interceptacao_Telefonica.doc+A+Instituicao.htm). Acesso em: 27 jul 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: RT, 1982, p. 251. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2206#topo>. Acesso em: 27 jul 2015.

JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da Costa. **Escuta telefônica**: análise constitucional, processual penal e jurisprudencial do art. 5º, XII, da Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=194>. Acesso em: 27 jul 2015.

JÚNIOR, Nelson Nery. **CPC Comentado e leg. proc. civil extravagante em vigor**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. - 11ª. ed. - Revista e atualizada - São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª. ed São Paulo: Atlas, 2005, p. 55.

NETO, José Henrique Barbosa Moreira Lima. **Da Inviolabilidade de dados**: inconstitucionalidade da Lei 9296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n. 14, jun. 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=197>. Acesso em: 27 jul 2015..

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelino. **Direito constitucional descomplicado**. Niterói: Impetus, 2006, p. 412-426.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meio ilícitos**. 2ª. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>. Acesso em: 27 jul 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 412-424.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. ed: *Lumen Juris* 2005.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 173-210.