

## O REGIME BRASILEIRO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS<sup>1</sup>

ADA PELLEGRINI GRINOVER\*

1 — Como é sabido, a Constituição brasileira de 1988 adotou francamente a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art.5º, inc.LVI), assim entendidas as colhidas com infringência a disposições de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais<sup>2</sup>. Apesar do caráter aparentemente absoluto da vedação probatória, tenho sustentado que a regra constitucional ainda dá margem a construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando-se entre elas, por sua relevância, o princípio da proporcionalidade e a teoria das provas ilícitas por derivação, conhecida como dos frutos da árvore venenosa<sup>3</sup>.

Igualmente conhecido é o temperamento a que a própria Constituição submeteu a proibição, quando possibilitou, no inc.XII do art.5º, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecesse, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

À luz das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal foi construindo sua interpretação, deixando assentados, por maioria, os seguintes pontos:

a) impossibilidade da ordem judiciária de quebra do sigilo telefônico, enquanto não houvesse lei específica disciplinando a matéria, sendo conseqüentemente ilícitas as interceptações assim obtidas<sup>4</sup>;

b) adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo a considerar

1 Conferência proferida por ocasião da posse na Cadeira n.5 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio de Janeiro, 26.11.96). Foram acrescentadas as notas.

2 V., de minha autoria, "As provas ilícitas na Constituição", in "O processo em evolução", Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1996, pp.45/53.

3 Essas questões vieram analisadas, por último, na obra coletiva "As nulidades no processo penal", de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 5a ed. revista e ampliada, 1996, pp.119/125.

4 HC n. 69.912, decisão de 30.6.93, anulada e depois substituída pela de 16.12.93, Rev. For. vol.332, pp. 229 e 381 e RDA vol.195, p. 229 e vol.196, p.146. reafirmando-se posteriormente a tese em Acórdãos não publicados (cf. "Tribuna do Direito" de julho de 1996, p.10)

\* Professora Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados pela prova ilícita<sup>5</sup>.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, não tem sido acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, diversamente do que ocorreu com o julgamento do HC 3.982- RJ, pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (v.5.12.95), que a ele se referiu expressamente, à luz de considerações do caso concreto<sup>6</sup>.

Era esta a posição dos tribunais de cúpula do país, quando foi promulgada a lei n.9.296, de 24 de julho de 1996, disciplinando o inciso XII, parte final, do art.5º da Constituição.

2 — A lei declaradamente regulamenta o dispositivo constitucional, de modo que é natural sua restrição à quebra do sigilo telefônico para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

A limitadíssima exceção constitucional ao sigilo, não abrangente de outras formas de correspondência e comunicações que não a telefônica e excluindo, da possibilidade de quebra, prova colhida para o processo não penal, tem sido duramente criticada pela doutrina. Por que possibilitar a interceptação de comunicações telefônicas, e não a da correspondência e de comunicações telegráficas e de dados? E qual a razão de excluir da quebra a prova necessária ao processo não-penal, dada a natureza dos direitos materiais controvertidos no denominado “processo civil”, o qual, no ordenamento brasileiro, está longe de restringir-se à tutela de meros interesses patrimoniais?<sup>7</sup>

Mas aqui surge importante questão constitucional, que ainda não vi levantada.

O certo é que a Assembléia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte:

“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.”

Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal”, limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo — observadas a ordem judicial e a reserva legal — não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não-penais.

No meu sentir, a redação restritiva do inc.XII do art.5º da Constituição é

5 Ação Penal n.307-3-DF, j. 7.12.94, DJU 13.10.95, Seção I, p. 34.247 ss. sendo réus, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias.

6 Tratava-se de interceptação de comunicação telefônica de réu que se encontrava cumprindo pena por formação de quadrilha armada.

7 V., entre todos, José Carlos Barbosa Moreira. “A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas” (RDA-205/11). No mesmo sentido escrevemos em “As nulidades cit.”, p. 156.

formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.

O art.3º da Emenda constitucional n.26, a qual convocou a Assembléia Nacional Constituinte, determinação que a votação das novas normas constitucionais seriam feitas em *dois turnos*, dependendo a aprovação da maioria absoluta da Assembléia. E, evidentemente, o Regimento Interno não previu — nem o poderia que a Comissão de Redação pudesse mudar o sentido das normas aprovadas.

Resta saber se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas infraconstitucionais<sup>8</sup>, do mesmo modo parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos).

Penso até que a versão original poderia ser restabelecida a qualquer tempo por emenda do Congresso Nacional que, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma — por infringência à Emenda n.26 —, não ficará vinculado pela imutabilidade das denominadas “cláusulas pétreas” (art.60, § 4º, IV CF). Mas certamente ao Poder Judiciário caberia declarar a inconstitucionalidade da regra indevidamente reescrita pela Comissão de Redação, suprimindo as palavras acrescidas, de acordo com as modalidades previstas no ordenamento para o controle da constitucionalidade. Nem seria essa a primeira vez que se discute a respeito da constitucionalidade de normas inseridas no próprio texto constitucional, mesmo que se trate de regras emanadas do Poder Constituinte originário.

3 — Com essas considerações prévias, passo à análise do texto legal.

Não se duvida da urgente necessidade de promulgação de lei disciplinadora da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que até tardou demais, principalmente em face da firme posição do Supremo Tribunal Federal quanto à sua indispensabilidade para legitimar as ordens judiciárias autorizadoras. Mas é forçoso reconhecer que a lei n.9.296/96 apresenta inúmeros defeitos, não configurando o projeto de que se originou a melhor proposta entre as oferecidas ao Congresso Nacional.

O acerto dessa afirmação emerge do confronto, por mais perfunctório que seja, entre a lei vigente e o Projeto de Lei n. 3.514/89, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira<sup>9</sup>, encampando proposta elaborada por Grupo de Trabalho formado pelo Deputado Michel Temer — que tive a honra de integrar —, o qual chegou a ser aprovado no plenário da Câmara dos Deputados, vindo depois a perder-se nos meandros do Senado da República.

8 V., por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, relatando a postura do Supremo Tribunal Federal sobre a questão: embora a Súmula n.5 tivesse acolhido a tese da convalidação, muitos juristas — dentre os quais o próprio autor — insurgiram-se contra ela, até que a Suprema Corte, a partir da decisão na Representação n.890-GB (confirmada por outros julgamentos, como no da Representação n.1.051/1-GO), passou a adotar, a tese de que a sanção não sana o defeito de usurpação da iniciativa reservada presidencial (“Comentários à Constituição brasileira de 1988”, Saraiva, 1992, vol.2, pp.110-111.)

9 O texto do Projeto encontra-se publicado no volume de minha autoria, “Novas tendências do direito processual”, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1990, pp.430/435.

Mas, *legem habemus*: há de dar-se ao diploma legislativo a interpretação mais adequada. É o que tentarei fazer, ao menos quanto a seus pontos principais.

4 — A primeira observação decorre da terminologia utilizada pelo art.1º: a lei aplica-se à “interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza”.

Por mais amplitude que se pretenda atribuir ao conceito, permanece ele limitado à escuta e eventual gravação da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores. Somente a “*terzietà*”, referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação<sup>10</sup>. Não diversa é a posição do ordenamento brasileiro, porquanto o art. 151, § 1º, II e III. do Código Penal, tipifica a violação de comunicação telefônica como sendo a relativa à conversação “entre outras pessoas”.

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.

Mas esta não abrange a gravação da conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro: conduta essa que não se enquadra no conceito de interceptação, e consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria<sup>11</sup>. Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art.5º, inc. XII CF), é referível ao inc.X do mesmo dispositivo (proteção da intimidade): a gravação, em si, não é ilícita, podendo qualquer dos interlocutores executá-la livremente, por tratar-se de documentação de comunicação que lhe é dirigida. No entanto, a divulgação, *sem justa causa*, da conversa *confidencial* poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 153 do Código Penal.

Do mesmo modo, a informação a respeito do registro de ligações feitas de ou para determinada linha telefônica não se enquadra na lei, podendo aí caracterizar-se violação do sigilo profissional.

A lei tão pouco ocupa-se das chamadas “gravações ambientais”, ou entre presentes, entendendo-se, por esse termo, a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve<sup>12</sup>.

Com relação a estas, o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações. O Projeto Miro Teixeira cuidava expressamente dessas hipóteses, considerando lícita a produção da prova obtida mediante gravação clan-

<sup>10</sup> Ver “As nulidades cit.”, pp.151/152.

<sup>11</sup> Ibid., p. 158/159

<sup>12</sup> Ibid., p. 158/159.

destina, desde que utilizada para proteção de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa<sup>13</sup>.

5 — Liga-se a essa questão a levantada pelo parágrafo único do art. 1º da lei, que permite a interceptação de “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

O dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, tendo sido ajuizada ação direta, ainda pendente de julgamento, a seu respeito, sob o fundamento de que violaria o sigilo da comunicação de dados (inc.XII do art. 5º CF), que é absoluto.

Penso que aqui há que se distinguir.

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

Cabe, então, verificar se a expressão constitucional “*comunicações 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<sup>14</sup>.

Mas é preciso advertir que o próprio texto do art.5º, XII, da Constituição dá margem a outra interpretação: há quem afirme que cuida ele somente de *duas situações* de sigilo: de um lado, a da correspondência; do outro, a das “comunicações telegráficas, de dados e telefônicas”, de modo que a possibilidade de quebra, “no último caso”, abrangeria todo o segundo grupo. Para rechaçar essa posição, todavia, 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”<sup>15</sup>.

Desse modo, parece que o dispositivo em questão é efetivamente inconstitucional, salvo se se der ao termo “comunicações telefônicas” a acepção de “comunicações pela via telefônica”, o que também é de difícil aceitação.

6 — A ordem de interceptação é corretamente enquadrada pelo art.1º da lei como provimento cautelar, para o qual é competente o juiz da ação principal.

Diversas leis estaduais de organização judiciária têm previsto, em comarcas de maior movimento, juízos especializados para as providências cautelares anteriores ao oferecimento da denúncia. Na comarca de São Paulo, por exemplo, atuam na fase da investigação policial os juízes do DIPO — Departamento de Inquéritos Policiais

13 Art.12 do Projeto de Lei n. 3.514/89

14 Nesse último sentido, expressamente, Vicente Greco Filho, “Interceptação telefônica”, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 13.

15 No mesmo sentido, por outros fundamentos, conclui Vicente Greco Filho, op. cit., pp.11-12

—, que não têm competência para o processamento e julgamento da causa, após o oferecimento da denúncia. Em outros Estados, as leis locais prevêem juízes de plantão.

Considero que tanto os juízes de plantão, como os do DIPO, simplesmente substituem o juiz da causa, não havendo qualquer infringência ao art. 1<sup>o</sup> da lei quando a autorização para a interceptação deles se originar. Até porque as leis de organização judiciária são autônomas em estabelecer a competência dos juízes no âmbito de suas justiças, segundo orientação prestigiada em diversas oportunidades pelos tribunais pátrios.<sup>16</sup>

Nem haverá, no caso, prevenção de competência<sup>17</sup>.

7 — Vejam-se agora as hipóteses legais em que a interceptação é admissível, podendo ser ordenada pelo juiz. Trata-se da reserva legal considerada indispensável pelo Supremo Tribunal Federal, que invalidou muitas operações técnicas autorizadas antes da promulgação da Lei n.9.296/96.

Nesse ponto, a normação é extremamente infeliz<sup>18</sup>. Em primeiro lugar, porque do texto constitucional decorre claramente a idéia de que o sigilo é a regra, à qual a lei pode excepcionar, nas hipóteses e formas que estabelecer. Ao invés disso, o art.2<sup>o</sup> do referido diploma legal inverte os dados da questão, apresentando a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção. Basta ler o dispositivo:

*Art.2 — “Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

*I — não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;*

*II — a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*

*III — o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”*

Se a inversão representasse apenas uma atecnia formal, o defeito não seria grave. Mas o é, na medida em que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em *todos os casos de crimes apenados, em abstrato, com pena de reclusão (inc. III)*.

É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação. O direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica.

Era o que se esperava do legislador brasileiro que, ao contrário, generalizou o

<sup>16</sup> No mesmo sentido. Vicente Greco Filho, op. cit., pp. 28-29

<sup>17</sup> Parece contrária, nesse ponto, a posição de Vicente Greco Filho, op. cit., p.28

<sup>18</sup> Vicente Greco Filho (op. cit., p.13) refere-se à “duplamente lamentável redação negativa” do art.2<sup>o</sup>.

remédio extremo da quebra do sigilo para todos os casos de crimes apenados com pena de reclusão. Seguro indício de que outra deveria ser a postura da lei encontra-se no voto vencido do Ministro Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir, no caso concreto, a ordem de interceptação telefônica, apesar da ausência da lei regulamentadora, por entender inequívoca que a autorização legislativa incluiria os crimes a que alude o art. 5º, XLIII da Constituição federal (crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo)<sup>19</sup>. No mesmo sentido, o voto vencido do Desembargador Nério Letti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, presumindo que a futura lei se pautaria pelas balizas adotadas em outros países<sup>20</sup>.

As previsões ficaram frustradas. Cabe indagar se a postura do legislador brasileiro poderia ser acoimada de inconstitucional.

Parece-me que sim. Os sistemas constitucionais modernos adotam, expressa ou implicitamente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados<sup>21</sup>. Entre nós, o princípio decorre de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais (como, por exemplo, o art.60, § 4º, IV CF), convertendo o princípio da reserva legal *em princípio da reserva legal proporcional*, na feliz expressão de Suzana de Toledo Barros<sup>22</sup>.

Dessa posição, adotada expressamente no tocante ao inc.III do art. 2º da lei n.9.296/96 por Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>23</sup>, decorre a consequência da inconstitucionalidade da previsão irrazoável da lei, quando estende a possibilidade de interceptação a todo e qualquer crime apenado com reclusão, daí surgindo a necessária cautela com que o juiz deverá portar-se, ao autorizar a operação técnica de quebra do sigilo.

Isso porque o critério da proporcionalidade não se dirige apenas ao legislador (que no caso não o observou), mas também ao intérprete, pelo que o magistrado deverá negar a ordem de interceptação se o crime objeto de investigação ou de processo não se configurar como sendo de especial gravidade. Para tanto, deverá guiar-se pelas legislações mais adiantadas (como, por exemplo, pelo art. 266 do Código de Processo Penal italiano), tomado, aliás, como modelo, nesse tópico, pelo já referido Projeto de Lei Miro Teixeira (art.1º).

8 — 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

19 HC 69.912-0-RS, DJU 26.11.93.

20 MS 690.070.289.

21 J.J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", Ed. Almedina, Lisboa, 6ª ed., 1993, p.617.

22 Suzana de Toledo Barros, "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais", Ed. Brasília Jurídica, DF, 1996, pp.89/90.

23 Antônio Magalhães Gomes Filho, "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96", in Boletim IBCCrim. edição especial n.45, agosto de 1996, p.14

da natureza cautelar do provimento que autoriza a medida, assegurando a prova *inaudita altera parte* e submetendo-a a contraditório diferido<sup>24</sup>.

Por sua vez, o disposto no inc.II do mesmo dispositivo exige, para a autorização, a circunstância de não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis, firmando o critério da *estrita necessidade*, reforçada pelo disposto no art.4º da lei, que demanda a demonstração, no pedido de interceptação, da necessidade da medida para a apuração da infração penal. A excepcionalidade e estrita necessidade da operação técnica enquadram-se na exigência *do periculum in mora*, comum a todas as medidas cautelares, indicando, nesse ponto, a tomada de consciência do legislador quanto ao fato de as interceptações telefônicas representarem, sim, um instrumento às vezes insubstituível no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem elas ser utilizadas como *ultima ratio*.

Dúvidas poderão surgir, na praxis judiciária, quando a interceptação tiver sido ordenada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se, após, que outros existiam. Penso que nesse caso a prova obtida pela interceptação não poderá ser considerada ilícita, por configurar o disposto no inc.II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova: se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios.

No incidente da interceptação telefônica, como em relação ao requerimento de qualquer prova, há que distinguir-se entre juízo de admissibilidade, que pode levar à autorização, e juízo de mérito<sup>25</sup>.

9 — O parágrafo único do art.2º da lei em exame sugere que o resultado da interceptação telefônica só possa ser utilizado como prova dos fatos objeto de investigação determinada:

*Parágrafo único: “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada” — grifei.*

Com o mesmo espírito pode ser lido o art.4º, que exige da autoridade requerente a demonstração da necessidade da interceptação “à apuração de infração penal”.

Mas não se trata senão de idéia insinuada pela redação dos dispositivos. À falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá na prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal poder, ou não, ser utilizada em

24 “As nulidades”, cit., pp.152/153.

25 As várias atividades processuais relativas à prova desdobram-se em: a) requerimento; b) admissibilidade; c) introdução no processo; d) valoração. A colheita da prova situa-se externamente ao processo: v. “As nulidades cit.”, p. 118.



investigação ou processo instaurado por fatos diversos. Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita.

A legislação estrangeira dá resposta expressa a tal indagação: assim, v.g., o art.270 do Código de Processo Penal italiano veda a utilização dos resultados das interceptações em procedimentos diversos daqueles em que foram autorizadas, ressalvado o caso de sua indispensabilidade para o acerto de infrações penais em que for obrigatória a prisão em flagrante. O Projeto de Lei Miro Teixeira, inspirado nesse ponto no sistema alemão, previa, no art. 8º, a vedação do aproveitamento, salvo quando se tratasse de conhecimento fortuito útil à elucidação de outra infração penal também constante do rol taxativo do art.1º, o qual enumerava as hipóteses em que a quebra do sigilo seria admissível.

Assim, por exemplo, se a referida quebra fosse autorizada em investigação ou processo atinente ao crime de tráfico de substâncias entorpecentes (inc.II do art.1º), seu resultado poderia ser utilizado em processo ou investigação sobre crime de extorsão mediante seqüestro (inc.VII). Não, porém, para um caso menos grave, que não fosse arrolado dentre aqueles para os quais o Projeto previa a admissibilidade da interceptação.

A falta, na lei brasileira vigente, de um rol de infrações em que a interceptação é admissível dificulta a solução do problema por esse último parâmetro. Mas, a adotar-se o entendimento de que o juiz deverá limitar a autorização a casos de crimes graves, poder-se-á seguir o mesmo critério para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada.

10 — O art.3º, relativo à determinação judicial de interceptação, de ofício ou a pedido da autoridade policial (na investigação) ou do Ministério Público (nessa e na instrução processual) é criticável, por omitir a vítima e o próprio indiciado ou acusado. Mas é evidente que estes também estão legitimados ao requerimento, em face das garantias constitucionais, entre as quais se insere o direito à prova, reconduzível aos incs. LIV e LV do art.5º da Constituição<sup>26</sup>. E na ação penal de iniciativa privada (como no caso de estupro), somente a vítima poderá formular o pedido.

A previsão de pedido verbal, reduzido a termo, embora restrito a casos excepcionais, desperta alguma preocupação, uma vez que o exame do juiz a respeito da presença dos requisitos de admissibilidade da medida — a que o mesmo art.3º alude expressamente — deverá basear-se exclusivamente nas afirmações da autoridade requerente.

A urgência pode justificar a previsão legislativa, nesses casos excepcionais. Mas teria sido oportuna a previsão de convalidação da ordem pelo juiz, à luz da ratificação escrita do pedido verbal, com a inutilização do resultado da interceptação na hipótese de falta de convalidação. Era essa a linha seguida pelo Projeto Miro Teixeira, nos casos de interceptação efetuada com o consentimento de um dos interlocutores — muito comum em casos de seqüestro (art.4º e parágrafos).

<sup>26</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho dedicou ao direito à prova no processo penal excelente monografia, no prelo. Também escrevi sobre o assunto em "O conteúdo da garantia do contraditório cit.". pp. 19-21.

Nada impede, a meu ver, que o juiz assim proceda, condicionando a utilização dos resultados da interceptação à posterior convalidação.

11 — A necessidade de motivação da autorização, sob pena de nulidade — em observância, aliás, ao disposto no art. 93, IX, CF — e o prazo de duração das operações — quinze dias prorrogáveis por igual prazo, desde que comprovada sua indispensabilidade — vêm dispostos no art.5º.

A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido<sup>27</sup>.

12 — A forma de execução da diligência, diz o mesmo art.5º em análise, deverá ser indicada pelo juiz na decisão que autoriza a interceptação. Mas o art.6º prevê que a própria autoridade policial conduza os procedimentos de interceptação, com ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização. Por sua vez, o art.7º permite à autoridade policial requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos.

Nesse ponto, a lei não é satisfatória. As operações técnicas deveriam ter sido atribuídas, de regra, aos serviços públicos de telefonia, para maior segurança e credibilidade do procedimento de interceptação. A intervenção do Ministério Público tão pouco resolve a questão, até porque meramente facultativa — o que é igualmente inaceitável.

Tem-se aqui um verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27.8.62, com as alterações sucessivas) — considerado inadequado para suprir à exigência constitucional de lei reguladora das hipóteses e “formas” da quebra do sigilo das comunicações telefônicas<sup>28</sup> —, mas que ao menos era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (art.152 c/c art. 56, § 2º).

Não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos. Deve o juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art.5º da lei, determinando que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Público.

Outra observação: embora a lei dê a entender que a interceptação possa não ser acompanhada de gravação (art. 6º, § 1º), recomenda-se ao juiz que a determine, para posterior transcrição das conversas interceptadas. Somente assim poderá haver aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para efeito de valoração do juiz.

Mas, na hipótese de a gravação não ter acompanhado a interceptação, será admissível outra prova — como a testemunhal — sobre a realização da conversa?

Embora o valor probante do conteúdo da interceptação seja, nesse caso, indu-

27 No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op. cit., p.31.

28 V. supra. n. 1.

vidosamente menor, a prova testemunhal não poderá ser excluída<sup>29</sup>, cabendo ao juiz valorá-la, atribuindo-lhe o peso que possa merecer.

13 — Os arts. 8º e 9º da lei tratam dos *incidentes* relativos à introdução da prova no processo. O primeiro diz respeito ao *apensamento*, o segundo à *inutilização* de trechos de conversa.

É a seguinte a sistemática da lei: recebido o auto circunstanciado relativo ao cumprimento da diligência, contendo o resumo das operações (§ 2º do art.6º), acompanhado, se for o caso, da transcrição da gravação (§ 1º do mesmo dispositivo), o juiz determinará sua autuação em autos apartados, em apenso aos do inquérito ou do processo, ciente o Ministério Público (art.6º, § 3º, c/c art.8º). A seguir, pelo art.9º, abrir-se-á o incidente de inutilização.

Ocorrem, aqui, diversas falhas da lei.

Em primeiro lugar, o Ministério Público, a quem as diligências se destinam, por incumbir-lhe a formulação da acusação e sua condução ao longo do processo, não deveria ser simplesmente cientificado da ocorrência e do resultado da interceptação já consumada, cabendo-lhe inquestionavelmente papel mais ativo, seja no tocante ao pedido de interceptação formulado pela polícia — sobre o qual deveria manifestar-se previamente —, seja no que tange a seu acompanhamento. Mais um ponto em que o juiz deverá suprir às deficiências da lei.

Em segundo lugar, o art.8º da lei, que regula a autuação e apensamento dos autos da diligência aos do inquérito ou processo, com observância do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, nada diz sobre a garantia do contraditório.

Apesar disso, é evidente que o *incidente* relativo à *introdução* do resultado da interceptação, em autos apartados, apensados aos do inquérito ou do processo, deverá ser necessariamente conduzido em contraditório, nos termos do disposto no art.5º, inc.LV da Constituição. Contraditório diferido, em face da natureza cautelar (assecuratória da prova) da ordem de interceptação, o qual deve instaurar-se tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações.

Era o que previa expressamente o Projeto Miro Teixeira, no art. 7º, § 1º. E é o que o juiz deve imediatamente fazer, apesar do silêncio da lei.

No incidente de apensamento a defesa poderá levantar a questão da licitude ou ilicitude da prova e, nesse caso, pedir seu desapensamento. Poderá discutir a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, e a própria identificação da voz. Nele poderá surgir a necessidade de perícias, a serem acompanhadas pelas partes, em contraditório pleno<sup>30</sup>, tudo de acordo com o disposto no art.383, parágrafo único, do CPP, segundo o qual a reprodução mecânica (como

29 No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op. cit., p 33. Em sentido contrário, Antonio Magalhães Gomes Filho, em conferência proferida nas I Jornadas de Direito Processual Penal, Brasília, 8 de novembro de 1996.

30 Quanto à necessária participação das partes na realização de perícias (não antecipadas), v., de minha autoria, “O conteúdo da garantia do contraditório cit.”. especialmente pp.27-31.

a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, a teor do *caput* do dispositivo), quando impugnada em sua autenticidade, impõe ao juiz a realização de exame pericial<sup>31</sup>.

14 — Por isso, não se pode aceitar o critério fixado pela lei sobre o momento do pensamento — com a conseqüente inauguração do incidente —, assim regulado pelo parágrafo único do art.8º:

*“a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, 1ª) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts.407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal”* (grifei).

Os momentos indicados pela lei são inteiramente inadequados. Quanto ao inquérito policial, a previsão legislativa impede qualquer manifestação produtiva do indiciado, que poderia produzir alegações e provas a respeito do resultado da interceptação, inclusive no tocante à sua autenticidade e à veracidade da voz. Não tem sentido alijar o indiciado do conhecimento de prova que pode ser de importância vital para seus interesses. Reporto-me, nesse ponto, à posição por mim defendida quanto à contrariedade do inquérito policial, a partir da garantia constitucional dos *“litigantes, em processo administrativo”* (art.5º, inc.LV), hipótese que não se confunde com a dos *“acusados”* e que assegura o contraditório em qualquer processo administrativo, mesmo não punitivo, em que se verifique conflito de interesses entre os titulares da relação jurídica administrativa<sup>32</sup>.

Pior ainda a disciplina para o processo jurisdicional: não há porque protelar o contraditório para o momento das diligências dos arts. 407 e 502 (observe-se que a errônea remissão ao art.538, relativo ao procedimento sumário, é totalmente inaplicável).

A meu ver, o delegado de polícia, no inquérito, e o juiz, no processo, deverão retirar as garantias do contraditório e da defesa diretamente da disposição constitucional, antecipando-as para o primeiro momento em que delas não puder mais derivar prejuízo às investigações.

15 — A lei prevê que o *incidente de inutilização* dos trechos de conversa que não interessarem à prova (art.9º) seja posterior à sua introdução, em apenso, no processo. Melhor fora que ocorresse ele antes do pensamento, para total garantia da privacidade de terceiros.

Seja como for, é evidente a inconstitucionalidade da disposição do parágrafo único do art.9º, que se limita a prever que o incidente de inutilização seja *“assistido”* pelo Ministério Público, *“facultada”* a presença do acusado ou de seu representante legal (art.9º, parágrafo único): *imprescindível*, aqui, a presença das partes e, quanto à defesa, do acusado e do advogado, para garantia da *autodefesa* e da *defesa técnica*,

31 Ver, sobre a questão, “As nulidades cit.”, pp.153-154.

32 Ver, de minha autoria, “Do direito de defesa em inquérito administrativo”, in “O processo em evolução”, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1996, pp.81/88. Do mesmo sentir, entre os administrativistas, Odete Medauar, “A processualidade no direito administrativo”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993. p. 159 e ainda n.30, pp.61 ss.

ambas constitucionalmente asseguradas<sup>33</sup>. Nem pode ser olvidado o interesse de terceiros, interlocutores estranhos aos fatos a serem provados, à destruição de parte da prova. Não atendidos pelo juiz, poderão impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional que indeferir sua pretensão, visando à preservação do direito à intimidade<sup>34</sup>.

A respeito da inutilização, o Projeto Miro Teixeira determinava, no § 2º do art.7º, que as partes, assim como a autoridade policial, teriam o prazo de dez dias para examinar e escutar as gravações, indicando os trechos cuja gravação pretendessem. A partir daí, o juiz determinaria a transcrição dos trechos indicados que não fossem manifestamente irrelevantes e impertinentes, bem como de outros que considerasse convenientes, decidindo a respeito da destruição do material restante. Essa decisão, nos termos do § 4º do mesmo art.7º, seria sujeita a agravo, provido de efeito suspensivo.

Embora a lei não o diga, as decisões proferidas nos incidentes (de apensamento e de inutilização) serão apeláveis, enquadrando-se na previsão do art.593, II, CPP (decisões definitivas, ou com força de definitivas, assim entendidas, dentre outras, as que resolvem o mérito de questões incidentais<sup>35</sup>).

16 — Uma palavra sobre a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições previsto no art.8º, *caput*. A meu ver, referido sigilo volta-se muito mais à proteção da intimidade de terceiros do que à do acusado, não se justificando após a degravação dos trechos de conversas que não dizem respeito aos fatos a serem provados.

Não tem sentido entender que os elementos indicados no referido dispositivo devam permanecer lacrados após a inutilização dos elementos informativos estranhos à prova. As garantias do “devido processo legal” não admitem prova secreta, sendo aberrantes e inconstitucionais disposições que assim determinem<sup>36</sup>. Quando muito, o sigilo pode dizer respeito a terceiros, mas jamais dirigir-se às partes. É nesse sentido que deve ser interpretada a restrição à publicidade prevista no inc. LX do art.5º, nos expressos termos do disposto no inc.IX do art.93 da Constituição.

17 — Finalmente, o art.10 da lei tipifica como crime duas condutas: a) realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei; b) quebrar segredo de justiça. A pena, para ambos, é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Subsume-se ao primeiro tipo a conduta de toda e qualquer pessoa. Cessa, assim, a discussão surgida com relação à possibilidade de enquadramento de quem não fosse funcionário público — como os investigadores particulares — nos crimes

33 Ver, sobre autodefesa e defesa técnica, integrando ambas, necessariamente, o direito constitucional de ampla defesa, Grinover, Scarance e Magalhães, “As nulidades” cit., p.71 ss.

34 No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op. cit., p.35.

35 Ver Grinover, Magalhães e Scarance, “Os recursos no processo penal”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pp.58-60 e 115-116.

36 É o caso da “prova secreta” prevista no art.3º da Lei n.9.034/95. Ver, de minha autoria, “Que juiz inquisidor é esse?”, in “Boletim IBCCrim”, São Paulo, n.30, junho de 1995, p.1.

contra a inviolabilidade de correspondência (arts.151 e 152 CP, art.227 CPM e art.56 do Código de Telecomunicações).

Evidente que o dispositivo também colhe os servidores e agentes públicos, inclusive o juiz que acaso autorize a interceptação para fins diversos da investigação criminal ou da instrução processual penal — como, por exemplo, em processo não-penal. Mas a redação do dispositivo deixa dúvidas quanto à caracterização do ilícito em casos que não se ligam propriamente aos “objetivos autorizados em lei”, como seria o do juiz que determinasse a interceptação para investigação ou processo atinente a crime punido com pena de detenção<sup>37</sup>.

Melhor, nesse ponto, o Projeto Miro Teixeira, que previa, no art. 11, que “a realização das operações técnicas fora dos casos, modalidades e forma estabelecidos nesta lei constitui crime, sujeitando-se seus autores às penas de detenção, de um mês a um ano, e multa”. O parágrafo único do mesmo dispositivo ainda dispunha que, sem prejuízo do cominado no *caput*, ao servidor público também se aplicassem as demais sanções previstas na Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, enquadrando a conduta em crime de abuso de autoridade.

A segunda hipótese — tipificada como crime de violação do segredo de justiça — tem sido considerada como de infração exclusivamente funcional<sup>38</sup>, nela só podendo incorrer servidores (em sentido amplo) e agentes públicos, como o juiz, os membros do Ministério Público, os agentes policiais, os serventuários da justiça e os operadores dos serviços de telefonia, os quais têm o dever jurídico de preservar segredo de justiça.

Por isso — afirmou-se<sup>39</sup> — o advogado que infringisse o sigilo só poderia incorrer nas penas do art. 154 do Código Penal (violação de segredo profissional).

A questão certamente provocará divergências. O art. 10 da nova lei cuida especificamente da quebra do segredo por ela mesma instituído, qual seja o relativo ao procedimento da interceptação telefônica. Por isso, os demais casos quando o crime for praticado por servidores, continuarão regidos pelo art.325. Aplicando-se o mesmo raciocínio, poder-se-á afirmar que o advogado — que também tem dever de guardar segredo — incorrerá nas penas do art.154 do Código Penal, para a generalidade dos casos, mas sua conduta poderá subsumir-se ao art.10 da lei n.9.296/96, quando se tratar de violação ao específico sigilo por ela instituído para as interceptações telefônicas<sup>40</sup>.

A norma é severa, e muito cuidado deverá ser tomado para resguardar a atuação de cada interveniente, não sendo de descartar a possibilidade de lavratura de termos de responsabilidade, por iniciativa do juiz.

18 — Essa, em apertada síntese, a análise da lei. Mas inúmeras são as questões deixadas em aberto, dentre as quais se passam a enumerar as principais.

37 Segundo Vicente Greco Filho (op. cit., pp.42-43), a expressão “com objetivos não autorizados em lei” compreenderia o caso de interceptação em crime de detenção.

38 Assim Vicente Greco Filho, op. cit., p.44.

39 Vicente Greco Filho, op. cit., p.45.

40 Contra, com relação ao advogado, Vicente Greco Filho, op. cit., p.45.

a) Como visto, omite a lei o tratamento das gravações clandestinas de conversas telefônicas próprias e das gravações entre presentes (ambientais). A lacuna deverá ser preenchida pela doutrina e pela jurisprudência, que poderão aplicar-lhes, por analogia, o disposto na lei — inclusive quanto à autorização judicial — ou reservá-lhes disciplina menos rigorosa, diretamente deduzida, *contrario sensu*, do art.153 CP, que descaracteriza o crime de divulgação de segredo na presença da *justa causa* e quando não se trate de correspondência confidencial. Também poderá ser útil, a esse propósito, o art.12 do Projeto Miro Teixeira, referido no n.4 *supra*.

b) A interceptação autorizada e realizada *contra legem* é indubitavelmente ilícita, e conseqüentemente inadmissível no processo (art.5º, inc. LVI CF). Embora a lei não o diga expressamente, a conseqüência processual será sua ineficácia, com a correlata impossibilidade de utilização<sup>41</sup>.

A lei poderia ter determinado fosse a prova ilícita desapensada do processo, mas não o fez, cabendo ao juiz assim proceder, em decisão que poderá sujeitar-se a apelação, tanto quanto aquela que decide a questão da inutilização de trechos de conversa<sup>42</sup>. Se o juiz valorar indevidamente a prova ilícita, o tribunal deverá simplesmente desconsiderá-la, como já tem sido feito pela jurisprudência, sem que isso represente supressão do primeiro grau de jurisdição<sup>43</sup>.

c) O legislador não tomou posição sobre o princípio da proporcionalidade, e talvez tenha sido melhor assim, para a generalidade dos casos<sup>44</sup>. Mas deveria ao menos ter ressalvado alguma abertura ao aludido critério, como no que concerne à prova ilícita *pro reo* (como fazia o art.9º do Projeto Miro Teixeira).

Caberá à doutrina e à jurisprudência construírem a respeito.

d) A lei também é omissa quanto à possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas entre o suspeito ou acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objeto de investigação ou apuração em processo penal (art.2º do Projeto Miro Teixeira). Aqui, o sigilo entre advogado e patrocinado deve ser considerado absoluto, inerente que é ao próprio exercício do direito de defesa, não podendo ceder diante do permissivo legal. Mais uma oportunidade perdida para deixar clara uma inevitável conseqüência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que o intérprete deverá apontar.

e) Tão pouco é resolvido o problema das denominadas “provas ilícitas por derivação”, segundo a tese do rechaço dos “frutos da árvore venenosa”, que conta hoje com a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>45</sup>.

Em sede de propostas de reforma, a questão vinha enfrentada no Anteprojeto de Lei preparado por comissão de juristas constituída pelo Ministério da Justiça em 1994 e presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, segundo o qual o art.157 CPP passaria a vigor com a seguinte redação: “Serão inadmissíveis as provas

41 Ver “As nulidades cit.”, p.125 ss.

42 Ver retro, n.13, *in fine*.

43 Ver “As nulidades cit.”, pp.126-127.

44 Ver adiante, letra “e”.

45 Ver *supra*, n.1.

ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais, e as delas resultantes”.

Mas, nesse ponto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria dos frutos da árvore envenenada no direito comparado, como a *independent source* e, em consequência, a *inevitable discovery*<sup>46</sup>: ou seja, excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira<sup>47</sup>.

Diante das necessárias limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada ainda não enfrentadas diretamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras —, assim como em tema de aplicação, mais extensa do que a acima sugerida<sup>48</sup>, do princípio da proporcionalidade, parece melhor deixar à evolução teórica e à aplicação dos tribunais o amadurecimento de idéias ainda em ebulição. Amadurecimento que certamente virá através de uma lenta sedimentação, capaz de conduzir a posições mais seguras e refletidas.

f) Não se dá solução — e difícil seria, convenhamos, que a lei o fizesse — a questões inerentes às relações interjurisdicionais, que decorrem da impossibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas no campo não-penal.

Duas são as hipóteses que se poderiam aventar, uma atinente à coisa julgada e outra à prova emprestada<sup>49</sup>.

A primeira questão diz respeito à sentença penal condenatória, fundada em prova produzida nos termos da Lei n.9.296/96, que se faça valer como título executivo no processo civil reparatório dos danos *ex delicto* (art.63 CPP c/c art. 584, inc.II, CPC).

Como bem aponta Barbosa Moreira, a questão do aproveitamento da coisa julgada penal no processo executório civil é de fácil solução: “a coisa julgada tem o efeito de subtrair toda relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido). Desde que a sentença transite em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o juiz...”; “Diante da condenação penal, o que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução”<sup>50</sup>.

É possível, porém, que a sentença penal condenatória, embora transitada em

46 Em relação a essas exceções, v. as sentenças *Nix v. Williams* (467 U.S. 431), de 1984, e *Oregon v. Elstad* (-U.S. 105), de 1985. Na doutrina, no mesmo sentido, Israel & Lafave, *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*, St. Paul, Minn., 1989, pp.281-303.

47 Na doutrina alemã, v. Roxin, “Strafverfahrensrecht”, p.153, *apud* Manuel Costa Andrade, “Sobre as proibições da prova no processo penal”, Coimbra, 1992, pp.314-317; em Portugal, o próprio Costa Andrade, *op. e loc. cit.*; na Espanha, Jacobo Lopes Barja Quiroga, “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”, Madrid, 1989, pp.114-118; e, na Itália, Vittorio Grevi, “*Nemo tenetur se detegere*”, Milão, 1972, p.191 ss.

48 V., nesse mesmo número, alíneas “c” e “d”.

49 As questões foram muito bem levantadas por José Carlos Barbosa Moreira, “A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas *cit.*”, n. 11

50 *Id.*, *ibid.* No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, *op. cit.*, p.24.



julgado, não seja apta a embasar o processo civil executório, por voltar-se a pretensão ressarcitória ao responsável civil e não ao réu condenado no processo. Neste caso, como já escrevi, será indispensável o processo civil de conhecimento, em que as questões prévias à coisa julgada poderão ser novamente discutidas e decididas, com a plena participação do responsável civil, estranho à relação jurídica processual do processo penal condenatório e, conseqüentemente, imune à autoridade da sentença.<sup>51</sup> Nesse caso, não haverá como falar-se em coisa julgada contra o terceiro, responsável civil, nem a prova produzida em processo penal, de que não foi parte, poderá ser transportada desse para o processo civil condenatório. Sendo assim, a prova resultante de interceptação telefônica não terá eficácia contra o referido responsável, não ocasionando problemas interjurisdicionais.

Mas dificuldades desse tipo podem surgir nos casos em que for admissível a prova emprestada. É que, observado o requisito de a pessoa contra quem se pretenda aproveitar a prova, produzida em processo anterior, ter participado deste processo como sujeito do contraditório, a transferência é, em regra, possível<sup>52</sup>.

Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque prova produzida em processo penal anterior, entre as mesmas partes (v.g., vítima e acusado, ou Ministério Público e acusado), resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade (Lei n.8.429, de 2.06.92).

Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?

Penso que sim. E concordo, aqui também, com a posição sugerida por Barbosa Moreira<sup>53</sup>. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional<sup>54</sup>. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

g) É evidente que as disposições penais da lei (art.10) só poderão aplicar-se aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor. Trata-se de *novatio legis* incriminadora, regida pelo princípio da irretroatividade<sup>55</sup>.

As demais prescrições legais, por sua natureza processual, terão aplicação imediata aos inquiritos e processos em curso, podendo a interceptação ser autorizada com relação a fatos ocorridos antes da vigência da lei.

Mas certamente se colocará a questão de a nova lei convalidar, ou não, as

51 Ver, de minha autoria, "Eficácia e autoridade da sentença penal", São Paulo, RT., 1978, n.10.

52 Assim escrevi no ensaio "Prova emprestada", in "O processo em evolução cit.", pp.54-63.

53 Id., ibid.

54 Contra, Vicente Greco Filho, op. cit., pp.23/24.

55 Assim expressamente Luiz Flávio Gomes, "Lei 9.296/96 e direito intertemporal", in "Enfoque Jurídico", TRF-1ª Região, agosto 1996, p.3.

interceptações autorizadas pelo juiz antes de sua entrada em vigor e que acaso se enquadrassem nos requisitos legitimadores ora estabelecidos.

Tecnicamente, a resposta deveria ser negativa: a uma, porque a nulidade oriunda de infringência a normas penais é absoluta<sup>56</sup>; a duas, porque a lei, mesmo em seus aspectos processuais, é limitadora de direitos fundamentais, devendo ser aplicada restritivamente. Nessa linha de raciocínio, só caberia ao juiz, se ainda puder fazê-lo, proceder a nova ordem de interceptação, agora abrigada pela lei regulamentadora.

Mas aqui também a aplicação do princípio da proporcionalidade — se adotado — poderá conduzir a interpretação diversa, que conclua pela convalidação do ato de autorização (desde que presentes os requisitos da lei) e conseqüente desqualificação da ilicitude da prova.

19 — Em conclusão, pode-se dizer que a lei era indispensável, vindo preencher um vazio legislativo extremamente danoso.

Deve-se reconhecer, entretanto, que suscita diversos problemas de interpretação, sendo em muitos pontos lacunosa.

Caberá à doutrina dar-lhe a melhor exegese, e à jurisprudência a melhor aplicação, com os olhos sempre voltados ao crucial conflito entre as exigências da segurança e os direitos da defesa, buscando o ponto de equilíbrio que harmonize a necessária luta contra a criminalidade com os valores de um processo penal respeitoso da dignidade humana.

<sup>56</sup> Sobre as nulidades absolutas, por atipicidade constitucional, v. “As nulidades cit.”, p. 19-21. Essa também parece a posição de Luiz Flávio Gomes (op. e loc. cit.), aludindo à nulidade e ineficácia da autorização concedida antes da lei, a macularem a prova como ilícita.