

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mirella Correia Tomás

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

Fortaleza – Ceará
2002

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mirella Correia Tomás

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do curso de especialização realizado pela Escola Superior do Ministério Público em convênio com a Universidade Federal do Ceará.

Orientador: Gerson Marques

Fortaleza – Ceará
2002

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Curso de Especialização de Processo Civil

Título do Trabalho: A Interceptação telefônica como meio de prova

Autora: Mirella Correia Tomás

Defesa em: ___/___/___

Conceito obtido: _____

Banca Examinadora

José Henrique (10-123)

[Handwritten signature]

RESUMO

A abordagem do tema está dividida em quatro capítulos. No primeiro, trataremos dos conceitos de prova, demonstrando o mesmo não ser unívoco. No segundo, o direito às provas, correlário do Estado democrático de direito. No terceiro, a escuta telefônica sob a análise institucional, processual e jurisprudencial. No quarto o conceito, a natureza jurídica, as causas impeditivas e a legitimidade da interceptação telefônica. As provas servem à formação do convencimento do juiz e, ao mesmo tempo, cumprem também o papel de justificar perante a sociedade a decisão adotada. Portanto a toda informação em trânsito, seja por via de correspondência ou comunicação telegráfica ou telefônica, é assegurada a inviolabilidade do sigilo, salvo no caso de comunicação telefônica verbal, quando por ordem judicial, pode ser quebrado o sigilo, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

SUMÁRIO

Introdução	5
Capítulo I: Origem e Evolução histórica	
1. Conceito de prova	8
2. O direito à prova	10
3. Provas ilícitas	11
4. Provas modernas	16
1. Prova judicial via satélite	17
2. Interrogatório à distância	17
3. Direito à intimidade	18
Capítulo II: Direito à prova e vedação à prova ilícita	
1. Legalidade da prova e sua licitude	20
2. Interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina	23
3. Aspectos da Lei 9.296/96	23
1. Objeto e constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º	23
2. Requisitos da interceptação	26
3. Procedimento	28
4. Teoria dos frutos da árvore envenenada	29
Capítulo III: Escuta telefônica: análise constitucional, processual e jurisprudencial	
1. Posicionamento jurisprudenciais	31
Capítulo IV: Breves considerações sobre a lei 9296/96 (interceptação telefônica)	
1. Conceito e natureza jurídica da interceptação telefônica	39
2. Causas impeditivas da interceptação telefônica	40
3. Legitimidade para requerer a medida	42
4. Natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação telefônica e recurso cabível	44
5. Prazo da interceptação	45
6. Degravação da interceptação telefônica	46
7. O princípio do contraditório diferido ou postergado	47
Conclusão	49
Referências Bibliográficas	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Serão abordados aspectos doutrinários constitucionais e sua influência no Direito Processual Penal, bem como seu reflexo na jurisprudência.

O inciso "*sub studio*" trata do sigilo da correspondência e telecomunicações, princípio fundamental à efetivação do direito à privacidade e liberdade individual, como expressões fundamentais da personalidade.

A liberdade de expressão é nossa mais cara e recente conquista, após anos de clausura ideológica mantida pelo regime militar. Democracia, em seu mais amplo conceito, era a grande ânsia do povo brasileiro à época da formulação da nova Constituição. Influenciados pelo clamor popular e pela sede de democracia, houveram por bem os constituintes dedicar todo um capítulo aos direitos e deveres individuais e coletivos, inserindo entre estes o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações. Visa essa garantia a preservação da manifestação do pensamento através da palavra escrita e falada, destinadas a um número indeterminado de pessoas ou a determinadas pessoas, através de cartas, telegramas, telefonemas e outros meios de comunicação e transmissão de informações e dados.

Novos meios de comunicação surgem a cada dia, não podendo o Direito eximir-se da obrigação de tutelá-los, quanto à informações pessoais que porventura possam por eles circular, estudo esse a ser feito no transcurso deste trabalho.

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, embora malogrado com péssima redação, assegura a inviolabilidade do sigilo das informações em trânsito, sejam elas correspondências ou comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados. Abre exceção a regra nos casos que tiverem por fim investigação

criminal ou instrução processual penal, quando, através de ordem judicial, poderá ser quebrado o sigilo das comunicações telefônicas.

O instituto encontra origem no temor de que as autoridades de regimes ditatoriais pudessem, sob qualquer pretexto, violar correspondências na busca a organizações contrárias à ordem discricionária vigente.

Com essa apreensão, o Direito brasileiro vem consagrando este regramento desde a sua primeira constituição, ora de forma mais ampla, ora de forma mais restrita, dependendo da situação institucional vigente em cada época, que, como sabemos, forma as mais variadas.

Nossa atual Constituição, como não poderia deixar de ser em respeito a um dos alicerces da liberdade humana e da ética, resguardou esse direito aos cidadãos brasileiros, como pressuposto indispensável à democracia em que hoje vivemos. No entanto, no afã de superar o obscurantismo da situação anterior, o constituinte de 1988 exagerou na dose de protecionismo, além de ter escrito um texto impreciso e passível das mais variadas interpretações, o que tem causado vários problemas, pois o princípio visa proteger o estado de direito democrático, mas do jeito que foi posto atrapalha um dos seus requisitos, que é a justiça.

Sob o argumento de que a permissão para violar o sigilo, mesmo sob autorização judicial, para investigação de crimes, significa porta para abuso de autoridades, alguns juristas têm emitido a opinião de que o texto "*sub studio*" veda o acesso a qualquer tipo de informação, descrita no texto como "dados". Ora, o inciso analisado trata de matéria recorrente no ordenamento jurídico nacional, que sempre assegurou livre manifestação de pensamento quando estiver este em transmissão sobre as mais variadas modalidades. A entender-se, como querem alguns, que o inciso determina a inviolabilidade não só das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, mas também dos dados quando estáticos, não haveria nenhuma possibilidade de quebra de sigilo, visto que dado significa informação, e toda comunicação é uma troca de informações. Sob esse aspecto, toda investigação que usasse como prova alguma informação material colhida do

réu, mesmo sob ordem judicial, seria considerada ilícita. Essa é a opinião de Celso Ribeiro Bastos, que consoante com o escrito acima comenta:

De logo faz-se mister tecer críticas a impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações telefônicas seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sob dados. Mas, pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade de empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para a comunicação de dados contábeis.¹

Deve-se então, para entender o significado da norma, fazer-se a distinção entre as várias formas de comunicação. Todas as formas de comunicação são troca de dados e essa troca pode ocorrer por via escrita, telegráfica e telefônica. A Constituição Federal, no inciso em questão, autoriza a quebra do sigilo somente para esta última forma quando no caso de comunicação verbal entre pessoas, ou seja, somente a conversa falada pode ser interceptada legalmente. O que pretende-se normatizar com a proibição para violar o sigilo de dados, então, é que a comunicação, mesmo que telefônica, entre aparelhos moduladores-demoduladores de sinais codificados (usados, por exemplo, para troca de informações entre computadores ligados em rede, via modem, por linha telefônica) não é passível de autorização para quebra de sigilo.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *in* Comentários à Constituição do Brasil. 2. vol. pág. 73.

CAPÍTULO I

ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. O Conceito de prova

O conceito de prova não é unívoco. Possui vários sentidos, tanto na linguagem popular quanto no uso técnico, e dentre eles, o dos juristas.

Iniciemos, pelo estudo da palavra prova. Segundo Plácido e Silva:

Do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.²

No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio *instrumento* utilizado, ou o *meio* com que a prova se faz.³

Na definição de Mittermayer, é o complexo dos motivos produtores de certeza. A prova consiste na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega em juízo. Alegar sem provar não tem valor.

No mesmo sentido Vicente Greco Filho:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.⁴

E citando Liebman em sua obra '*Manuale de diritto Processuale Civil*, 1973, Milano':

² SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 10ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 491.

³ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. Volume 1. 4ª ed, RT, São Paulo, 1998, p.337-338.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, volume 2, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 194.

*Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos)*⁵

A verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora *cure da busca da verdade*, não a coloca como um fim absoluto, em si mesmo. Ou seja, o que é suficiente, muitas vezes, para a validade e a eficácia da sentença é a verossimilhança dos fatos.⁶

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceitual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante.

Esse o princípio fundamental, segundo Barbosa Moreira, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícia e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas).⁷

Convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar às últimas conseqüências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio. Seria até a renegar a busca da "lógica do razoável" de Recanséns Siches.

Continua, o mestre Barbosa Moreira:

Desnecessário frisar-se que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem

⁵ Ob. cit, p. 194.

⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume 2. 6 ed, São Paulo, RT, 1997, p. 437.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 6 ed, Saraiva, São Paulo, p. 108.

reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida. Ademais, com muita freqüência hão de levar-se em consideração, ao mesmo tempo, dois os mais princípios ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar-se necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio.⁸

Em suma: averiguar-se, dois males, se terá escolhido realmente o menor, sacrificando-o em prol de uma justiça no caso concreto.

2. O direito à prova

O conceito de ação, em seu caráter abstrato, não deve ser reduzido à possibilidade de se instaurar um processo. Ele envolve uma série de passos que devem ser respeitados, a fim de que seja assegurado às partes o efetivo acesso à justiça.

Dentre eles, podemos destacar o direito à prova.

O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.⁹

No dizer do professor Barbosa Moreira "no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial".¹⁰

Dentro desse contexto a regra é admissibilidade de provas; e as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada.

⁸ Op. cit., p. 108.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, RT, 1997, p. 91.

¹⁰ Op. cit., p. 107.

Existe uma propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica de enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios legais tradicionais, em geral, minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas).¹¹

Lembrando que nenhum princípio é absoluto em direito e lembrando da "lógica do razoável" do mestre Recaséns Siches, poderão ocorrer situações onde estarão em disputa dois princípios protetores de bens jurídicos. Deve-se procurar, então, o chamado "ponto de equilíbrio".

É nessa seara que se encontram os debates sobre as provas ilícitas e os meios modernos de produção de prova, no qual adentramos a seguir.

3. Provas ilícitas

Diz a Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. São elas espécie das chamadas provas vedadas.

As prova ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por suas vez, a provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies provas ilícitas e ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.¹²

A questão das provas ilícitas tem suscitado muitos debates no meio jurídico. Não seria por outro motivo, mais uma vez aqui, encontramos o embate em situações antagônicas de princípios protetores de bens jurídicos de valores essenciais.

¹¹ Op. cit, p. 108.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, Atlas, São Paulo, 1997, p. 255.

A doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito, havendo opiniões, por exemplo, no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva.¹³

Continua, Barbosa Moreira, citando a questão da provas adquiridas com infração a uma norma jurídica. Segundo ele, existem duas teses radicais:

De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator.

Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.¹⁴

No meio dessas duas posições, encontramos propostas conciliadoras.

Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos, atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.¹⁵

Alguns criticam tal solução tendo em vista o possível risco de dar margem excessiva a influência de fatores subjetivos pelo juiz. Ora, nem o Direito Penal, que tentou se ver livre disso com a teoria do tipo penal avalorado de Beling conseguiu tal resultado, verifica-se um razoável número de "tipos anormais", com elementos normativos, honra, mulher honesta, e não se tem levantado dúvida quanto a aplicação dos mesmos pelo Poder Judiciário e não se tem conhecimento de que estejam acontecendo arbitrariedades.

No mesmo sentido, a opinião de Nelson Nery Júnior:

¹³ É o entendimento de Walter Zeiss.

¹⁴ Op. cit, p. 109.

¹⁵ Op. cit, p. 109.

não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.¹⁶

O debate está todo polarizado entre os direitos fundamentais do homem e os princípios básicos que norteiam o processo e a necessidade de descoberta da verdade material, tanto para proteção da sociedade, quanto para a efetivação do ideal de justiça, que representa o anseio máximo e a razão de ser do direito.¹⁷

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Já muito invocado na Alemanha em termos de doutrina e jurisprudência no processo penal.

Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados, ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo.

Tal discussão reflete um dos grandes problemas que a humanidade vivencia na atualidade. Segundo Norberto Bobbio: que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, na era mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los.¹⁸

De um lado, temos o indivíduo, do outro a sociedade. Interesse individual contra interesse coletivo.

A atuação do Estado encontra seus limites nos direitos e garantias do indivíduo, em todas as esferas do direito, notadamente na esfera criminal. Aliás,

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4 ed, São Paulo, RT, 1997, p. 147.

¹⁷ LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, nr. 97, Janeiro/Março de 1988, Senado Federal, Brasília, p. 219.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 5ª reimpressão, 1992, p. 25.

vemos com o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli um retorno ao crescimento de proteção do indivíduo em face do Estado.

A moderna doutrina alemã do direito processual civil tem-se pronunciado no sentido de que não mais vige, em toda a sua inteireza, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais.¹⁹

Segundo o referido princípio (lei da ponderação), quando da interpretação de certa norma jurídica, devem ser equilibrados os bens jurídicos em conflito, a fim de que seja dada uma solução mais justa no caso concreto.

Dura é a decisão do juiz de valorar a possibilidade de aceitação ou não de uma prova, que represente o conflito em tela, no julgamento de um processo. É um tema recente, agravado pela evolução dos modernos meios técnicos, onde a doutrina e a jurisprudência ainda não conseguiram atingir uma posição pacífica.

Barbosa Moreira ressalta o caráter relativo que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas²⁰. Lembra ele, inclusive, a falta de razoabilidade que se estabeleceu entre o campo penal e civil na Constituição Federal.

Enquanto por um lado, a Constituição Federal de 1988 equiparou o processo civil (rectius: qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias das provas ilícitas, por outro, proibiu a produção dessas provas no processo civil, quando em seu artigo 5º, LVI e o inciso XII: *"É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, e dados e o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei²¹ estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal."*

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. op. cit., p. 148.

²⁰ Op. cit, p. 113.

²¹ Já temos essa lei, a de no. 9.296, de 24.07.96.

Não é razoável como o constituinte chegou à essa diretriz. Muitas vezes podem estar em jogos bens jurídicos de extrema importância, notadamente na área de família, e na área criminal uma infração penal, de pequena gravidade.

Além disso, com a adoção gradual dos princípios do "Direito Penal Mínimo", gradativamente o Direito Penal irá se fixar nos fatos que envolvem realmente uma gravidade (crimes violentos, criminalidade organizada etc), deixando para o Direito Administrativo e o próprio Direito Civil a resolução de problemas que em outros tempos eram da alçada do Direito Penal.

A Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara pela proibição das provas ilícitas de forma radical, tendo em vista o momento histórico que o país vivia, onde eram comuns as violações contra os direitos individuais. Não podemos de nos esquecer que existem ainda mecanismos constitucionais de interpretação, tais como, a "mutabilidade constitucional" que permitem, mesmo com a proibição da utilização das provas ilícitas, um abrandamento de seus conceitos e uma adequação ao moderno Estado Democrático de Direito.

Por fim, não podemos deixar de registrar a lição de Barbosa Moreira no sentido de que existe uma precipitação em importar a "*teoria dos frutos da árvore envenenada*", ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem. A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repellido a tese da ilicitude "derivada" ou por contaminação" quando o órgão judicial se convence de que, se fosse como fosse, se chegaria "inevitavelmente", nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada.²²

No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal, no momento, encontra-se dividido quanto à admissibilidade, inclusive pendendo quando da aposentadoria e substituição dos Ministros. Alexandre de Moraes registra que: ".essa definição foi tomada pelo plenário do STF, que invertendo a antiga maioria de (6x5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria dos

²² Op. cit, p. 122-123.

fruits of poisonous tree, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que derivarem. Em conclusão, a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal entende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a *teoria dos frutos da árvore envenenada* ".²³

4. Provas modernas

Outro problema enfrentado pelo direito processual é o do surgimento de novos meios de provas, devido aos progressos tecnológicos e ainda não disciplinados de forma expressa pela lei. A lei, em muitos casos, não consegue acompanhar a evolução da tecnologia.

Ainda que não se aceite uma relação necessária e suficiente entre o problema da informática sobre os direitos fundamentais e a solução adotada por diversos países, com a promulgação de leis consagradoras de princípios de boas práticas de coleta e tratamento de dados, há de se registrar o impacto produzido pelas novas técnicas legislativas de informação não apenas no plano das políticas, sobretudo legislativas, que passaram a serem adotadas desde então, mas principalmente na redefinição do sentido de intimidade, de sua identificação com posturas assépticas e isolamento, próprias do pensamento individualista reinante no final do século passado.²⁴

Não resta dúvida que nessa seara é o "direito à intimidade" um dos bens jurídicos mais afetados e propensos à agressões. Sozinho ou aliado ao princípio da "dignidade da pessoa humana" devem os mesmos serem observados conquanto a produção de qualquer desses novos atos processuais que se apresentam.

Dentro dessa gama de novos meios de prova que podem ser apresentar no âmbito do direito processual, podemos arrolar: a prova judicial via

²³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 5ª ed, São Paulo, Atlas, 1999, p. 117.

²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p.492.

satélite, o interrogatório do acusado no processo penal, atos cometidos no meio eletrônico via internet etc.

1. Prova judicial via satélite

Sob a "*prova judicial via satélite*" temos um caso no direito comparado, noticiado por Edson Prata, onde num litígio que tramitava em Boston, nos Estados Unidos, tornou-se absolutamente indispensável a audição de uma testemunha, aquilo que normalmente chamamos de *testemunha-chave*. Essa testemunha não pode comparecer no dia do julgamento diante do Supremo Tribunal e foi ouvida mediante uma conexão de televisão entre os Estados Unidos e a Austrália, via satélite.²⁵

Transmitido o depoimento via satélite, a imagem da testemunha aparecia em uma tela nitidamente possibilitando ao juiz sentir as relações de sua fisionomia (fundamental na prova testemunhal, quando o julgador percebe perfeitamente as reações fisionômicas do depoente)²⁶

Ora, impossível não lembrarmos da pureza das imagens transmitidas para todo o mundo via CNN, do depoimento do Presidente dos Estados Unidos William Jefferson Clinton, durante o depoimento, via satélite, ao Congresso Norte Americano, no caso conhecido popularmente como "Escândalo Mônica Lewinsky".

A utilização do presente recurso tecnológico, com as devidas precauções por parte do Poder Judiciário, com certeza trará ganhos ao descobrimento da verdade no processo.

2. Interrogatório à distância

Já, por outro lado, deve-se analisar o experimento "*interrogatório à distância*", realizado pelo Doutor Luiz Flávio Gomes, no ano de 1.996, quando o interrogatório do acusado (art. 185, do CPP, e seguintes) foi realizado com a intermediação do computador, estando o juiz em comarca diferente do interrogado, sendo os sinais transmitidos por meio eletrônico.

²⁵ PRATA, Edson. *Prova judicial via satélite*. RT 649/13.

²⁶ PRATA, op. cit., p. 13.

O evento foi amplamente divulgado pela imprensa da época e merece toda a atenção e discussão quanto às garantias materiais do acusado.

3. Direito à intimidade

É um desafio ao direito moderno a exata definição e delimitação do "direito à intimidade".

Temos de encará-lo como um fenômeno sócio-psíquico, em que os valores vigentes em cada época e lugar exercem influência significativa sobre o indivíduo, que em razão desses mesmos valores sente a necessidade de resguardar do conhecimento das outras pessoas aspectos mais particulares de sua vida.²⁷

Qualquer um de nós tem uma definição, mais ou menos próxima, do que seja desrespeito à nossa intimidade. Já no campo das definições, estamos longe de alcançar uma precisão no tema, ficando apenas algumas a título de ilustração.

No Brasil a falta de um texto de lei que trate expressamente do assunto é indicado com um dos motivos do parco desenvolvimento do instituto entre nós. Aqui, recebe alguns conceitos, tais como: "direito à intimidade", "direito de estar só", "direito ao recato", "direito de privacidade" etc.

O direito à intimidade é um direito de personalidade, está ligada diretamente à essência do indivíduo. É a opinião majoritária da doutrina sobre o assunto.

O direito à intimidade é intransmissível, pois não podemos separar a honra, a intimidade de seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem. É da essência da vida, da honra, da intimidade, da imagem. Não podemos conceber a vida de um indivíduo sem essas características; tem caráter de essencialidade, portanto.²⁸

Não cabe nesse texto, pelas suas próprias limitações, uma exposição casuística dos casos que sejam classificados como "direito à intimidade", todavia,

²⁷ DA SILVA, Edson Ferreira. *Direito à Intimidade*. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998, p. 30.

²⁸ FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à intimidade e a prova ilícita*. Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 41.

ainda bem recente na história da nação brasileira a transmissão e depois reprodução por toda imprensa nacional da "conversa franca" entre o ex-ministro da Fazenda Rubens Ricúpero e o jornalista Carlos Monforte, que pela antena parabólica de terceiros, foi captada e acarretou desdobramentos que levaram à queda do então Ministro da Fazenda.

A produção desse tipo de provas num processo deve ser submetida ao máximo de rigorosidade pelo juiz, a fim de se evitar excessos, e sobrepesando-se os interesses em jogo. Se possível a produção por outros meios de prova ordinariamente admitidos, devem ser rechaçadas pelo juiz, a fim de se preservar os direitos da personalidade.

CAPÍTULO II

DIREITO À PROVA E VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA

1. Legalidade da prova e sua licitude

O direito à prova é fundamental e contribui para a dialeticidade do processo, assegurando-se às partes levarem dados recíprocos e elementos de convencimento ao juiz. Quanto mais dados o magistrado tiver maior será a probabilidade de acerto da decisão.

Encontram-se as provas ilícitas vedadas pelo art. 5º, L VI, CF, segundo o qual "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas; por meios ilícitos*". Apesar da palavra *processo*, as provas ilícitas são vedadas, também, nos *meros procedimentos*, porque estes, em regra, são preparatórios dos processos. Ademais, não seria razoável admitir a ilicitude da prova no mero procedimento e não admiti-la no processo.

Tomam-se aplicáveis os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* para orientarem o legislador e o aplicador da norma a verificarem os casos de conflito de valores, e sopesarem um em face do outro, afim de solucionarem se deve prevalecer, p. ex., a intimidade ou a interceptação telefônica, esta como único meio plausível de prova. Este dilema é resolvido com base na prevalência do interesse maior do Estado em determinadas ocasiões. Às vezes, a busca da verdade deve se sobrepor à intimidade; noutras, a intimidade não pode ceder àquela. A investigação do tráfico organizado de entorpecentes, v.g., não pode ser subjugado pelo direito de intimidade do traficante, porque a atividade marginal traz ínsita o comprometimento à saúde e à vida de milhares de pessoas, na maioria jovens que perdem seu futuro no vício que os atormenta.

A validade integral da prova depende de sua submissão ao contraditório, com oportunidade de defesa pela parte contra quem se impõe, feita perante o juiz natural e mediante critérios lícitos. Releva notar, com Ada Pellegrini Grinover, que o

tema das provas produzidas *fora do contraditório* guarda analogia, mas não se confunde, com o das provas obtidas por *meios ilícitos*. "Estas são as colhidas com infringência a normas de natureza material, que tutelam bens da vida como a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, etc. A elas se reserva a denominação de provas ilícitas, sendo objeto da garantia prevista no art. 5º, L VI, CF. Já por provas *ilegítimas* entendem-se as produzidas contra normas de índole processual, ainda que inseridas na Constituição: é o caso das produzidas fora do contraditório".²⁹ Quanto ao momento da transgressão, na prova *ilegítima* a ilegalidade se dá no instante de sua produção no processo; ao passo que na prova *ilícita* a violação ocorre no instante da colheita da prova, seja anterior seja concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a ele.

Não pode a prova viciada ser utilizada nem pelo réu, nem pelo autor. Ela é inválida em sua natureza, contaminada no seu âmago, independentemente de outro fator externo.

A aplicação do princípio constitucional do contraditório, em matéria de prova, implica em que esta só terá validade se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis.³⁰ Destarte, as provas colhidas fora do processo, sem contraditório, embora perante autoridade pública (ex.: no inquérito policial, no inquérito civil público ou outros procedimentos investigatórios) só terão validade plena quando submetidas ao contraditório, frente ao juiz. Tem a doutrina suavizado o rigor para a validade da prova extrajudicial quando ela consistir em documentos, especialmente se originários do sujeito contra quem eles são apresentados. Logo, os documentos colhidos pelo Ministério Público, em procedimento investigatório, possuem grande margem de validade em juízo, onde, contudo, admitem discussão, cabendo ao julgador conferir-lhes o valor que, racional e razoavelmente, entenda devido.

Refere-se a doutrina a *procedimento probatório* para indicar "uma sucessão de atos em que se recolhem ao processo as informações destinadas ao julgamento sobre os fatos, mas não tem sido uniforme na identificação dos

²⁹ O Processo em Evolução, p. 60.

³⁰ Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, p. 188. " 19-1 Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 85. Segundo este autor.

diversos momentos desse procedimento".³¹ Considerando que a prova pode se formar *endo* ou *extraprocessualmente*, é compreensível que o juízo há de analisar a sua admissão, submetê-la ao contraditório e, em seguida, valorá-la. Neste procedimento, podem ocorrer incidentes, como o de validade da prova ou o de falsidade, a serem apreciados incidentalmente pela autoridade judiciária.

Importante dispositivo possui a CF/88 em matéria de prova, ao estabelecer: "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Este inciso é intimamente relacionado com o tema da prova ilícita e foi regulado pela Lei n.º 9.296/96, referente às interceptações telefônicas. A Lei n.º 9.034/95, de seu turno, diz respeito à quebra do sigilo no crime organizado.

A *interceptação telefônica* consiste em captar a conversa telefônica por terceira pessoa, sem o conhecimento dos interlocutores. Dá-se por meio dos recursos que a tecnologia disponibiliza, como o *grampo*, isto é, a interferência na central telefônica ou nas ligações da linha respectiva. *Gravação clandestina*, segundo leciona Luiz Avolio, é o registro da conversa telefônica (gravação clandestina propriamente dita) ou da conversa entre presentes (gravações ambientais) por um de seus participantes, com o desconhecimento do outro.³²

Deve o leitor estar atento para o que dissemos, há pouco, sobre o contraditório como condição de validade da prova. Certamente, recorda-se, também, de quando mencionamos as etapas do procedimento probatório. E, ainda, da importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito à prova, na busca da verdade. Todos referenciados neste tópico. Pois bem. Referidos temas são de suma importância para compreendermos a interceptação telefônica.

³¹ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 85. Segundo este autor, Florian se reporta a cinco etapas da prova: a) indicação da prova; h) efetiva pesquisa (pesquisa material) da prova; c) produção da prova (sua introdução no processo); d) admissão da prova; e e) assunção da prova. Para outros, estas etapas são apenas três: a) proposição pela parte; h) recepção no processo (admissão probatória); e c) valoração pela autoridade (*idem*, p. 86).

³² *Provas Ilícitas*, p. 100. "Prova. Gravação de conversa telefônica por terceiro. Autorização de um dos interlocutores sem o consentimento do outro. Excludente da antijuridicidade. Licitude. Habeas Corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, L VI, da Constituição com fundamento de que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). Habeas Corpus indeferido. (STF /1 a T., HC 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU-115.8.97, p. 37.036, IOBJur 3/13561, Set/97).

Só é lícita a interceptação quando autorizada pelo juiz, nos casos autorizados pela legislação em vigor, tanto na fase processual quanto anteriormente à ação (na investigação).

2. Interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

Ainda antes de adentrarmos ao estudo da LIT, cumpre distinguir cada uma das possíveis formas de violação ao direito à intimidade através de linha telefônica.³³

- a-) interceptação telefônica: é o chamado "grampeamento" onde há três protagonistas; dois interlocutores e um terceiro que capta a conversação sem o conhecimento daqueles;
- b-) escuta telefônica: dá-se da mesma forma que a interceptação só que com o consentimento de apenas um dos interlocutores (por exemplo, na conversação com os seqüestradores, quando a família autoriza a escuta pela polícia);
- c-) gravação clandestina: há apenas os interlocutores. A gravação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte.

3. Aspectos da Lei 9.296/96.

1. Objeto e constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º.

A LIT, regulamentando a parte final do inciso XII do artigo 5º de nossa atual Constituição Federal, incide apenas e tão somente em relação às interceptações telefônicas, sendo que, "as escutas e as gravações com ofensa a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, n.X, C.F.), continuam, portanto, a merecer a atenção do intérprete e do operador do direito, no sentido de analisar-se o âmbito de aplicação do princípio constitucional da proibição da prova obtida ilicitamente, em conjunto com aqueloutro da proporcionalidade".³⁴

Neste sentido é que a jurisprudência entende que não age ilicitamente, encontrando-se acobertado por excludente de antijuridicidade, quem, para provar a própria inocência, grava conversação com terceiro (RJTJSP 138/26).

³³ Conceitos extraídos de Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, pág. 35.

³⁴ Nelson Nery Júnior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pág.158.

Além disso, o STF considerou como lícita a gravação feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro (gravação sub-reptícia ou clandestina) por considerar afastada a afronta ao artigo 5º, XII, da C.F. "A alegação no sentido de que a prova é ilícita não tem procedência, dado que não ocorreu, no caso, violação do sigilo das comunicações - C.F., art. 5º, XII - nem seria possível a afirmativa de que fora ela obtida por meios ilícitos (C.F., art. 5º, LVI). Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito", em voto do Ministro Carlos Velloso, relator do pedido de habeas-corpus em que figurava como paciente o Sr. Antônio Rogério Magri, então Ministro do Trabalho e da Previdência Social, acusado de corrupção (Lexli98 - Informação digital - texto133/94).

Data venia, a solução poderia ser considerada válida desde que fundamentada estivesse em atenção ao princípio da proporcionalidade, haja vista que o inciso X do artigo 5º ampara de forma genérica o direito à privacidade.

Inviolável será a comunicação entre o defensor e seu cliente em virtude do disposto no artigo 7º, II, do Estatuto da Advocacia da OAB e, além disso, porque, "o sigilo profissional do advogado, no exercício da profissão, é garantia do próprio devido processo legal".³⁵

Recentemente, a 6ª Turma do STJ, no recurso ordinário de habeas-corpus nº 8.493, declarou ser inviolável os dados cadastrais das pessoas, os quais geralmente são fornecidos apenas para a formação de contratos, no caso concreto em que a polícia requisitava tais informações junto à empresa prestadora de serviço de radiochamada (pager), baseando-se, para tanto na inviolabilidade da intimidade.³⁶

Cumpra definir a abrangência da LIT analisando, agora, somente sobre o prisma das interceptações, isto é, somente nos casos de gravação de conversa mantida por terceiros sem o consentimento destes.

³⁵ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, pág. 149.

³⁶ *In*: Tribuna do Direito, ano 5 - nº54 outubro de 1999, caderno de Jurisprudência.

Dispõe o parágrafo único do artigo 1º: "o disposto nesta Lei aplica-se à interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Temos como exemplos destes tipos de comunicação: o e-mail; a internet; e o fac-símile.

Surge, então, a controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade deste parágrafo único. Admitindo sua inconstitucionalidade as doudas opiniões de Nelson Nery Júnior, Vicente Greco Filho, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Scarance Fernandes.

Embasam suas opiniões argumentando que a C.F. admitiu tão somente a possibilidade de violação de comunicação telefônica em sentido "stricto sensu", ou seja, quando ocorre a conversação (ou comunicação de voz). Aduzem, ainda, que a comunicação via sistema de informática ou telemática protegida está pela inviolabilidade de dados, a qual a C.F. não abriu exceção e o legislador ordinário não poderia tê-lo feito.

Defendendo a constitucionalidade, não menos expressivas opiniões como as de Damásio E. de Jesus, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Scarance Fernandes, os últimos em novos posicionamentos.

Baseiam-se na assertiva de que tais comunicações poderão ser interceptadas haja vista efetivarem-se por via de telefone. Como bem salienta Damásio, "se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, 'digitar' e não 'falar' ".³⁷

Neste sentido nos inclinamos. A transferência de dados, via linha telefônica, como ocorre corriqueiramente hoje através dos e-mails, é mero meio ou forma, através da qual as pessoas se comunicam. E o fazem através do uso do "modem", empregando a linha telefônica, caracterizando-se, pois, uma comunicação telefônica, sigilo violável segundo nossa Carta.

Os adeptos da teoria da inconstitucionalidade ventilam a idéia de que uma interpretação extensiva, filiada ao juízo de constitucionalidade, permite

³⁷ Damásio E. de Jesus, *Interceptação de comunicações telefônicas - notas à Lei 9.269, de 24.07.1996*, RT735/458.

exceção ou impõe limite à direito fundamental que o legislador constituinte não impôs e que, portanto, não poderia ser imposto pelo legislador ordinário.

Não parece ser o que ocorre. Em 1988, ano da promulgação de nossa atual Constituição, a internet, por exemplo, era apenas uma idéia para poucos e puro desconhecimento para a maioria.³⁸ Necessário, pois adequar o ordenamento de ontem às condições de hoje.

Neste passo, Carlos Maximiliano ensina: "deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional".³⁹

Ademais, não há em nosso ordenamento direito absoluto, tendo-se em conta o pleno exercício do princípio da proporcionalidade, corolário do estado de direito e do devido processo legal em sentido substancial.⁴⁰

Entretanto, nunca é demais lembrar, que o assunto em tela trata-se de limitação de direito fundamental do ser humano, tarefa à qual os operários do direito deverão confiar sua total atenção, a fim de que não transformem a preocupação com problemas sociais em justificativa para dar carta branca ao Estado de subjugar, arbitrariamente, os direitos humanos fundamentais.

2. Requisitos da interceptação.

O primeiro requisito encontra-se explícito na própria Constituição, qual seja, a interceptação só será admitida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Não importa se já se deu início à investigação ou se a interceptação é o primeiro ato (em sentido contrário, Antônio Scarance Fernandes, *in* Boletim do IBCCrim, agosto de 1996).

³⁸ Data de 1991, a primeira conexão brasileira, à rede mundial, nos moldes que hoje conhecemos. Anteriormente, apenas tinha-se uma conexão entre universidades, algo estritamente acadêmico. Hoje, no Brasil, menos de 2% da população é usuária da Internet (fonte: Jornal Folha de São Paulo, de 20 de outubro de 1999, caderno de Informática, à pág. 7).

³⁹ *Hermenêutica e aplicação do direito*, pág. 304.

⁴⁰ Nelson Nery Júnior, *ob. cit.*, pág. 164.

A seguir, o artigo 2º da LIT, incisos I a III destila mais três requisitos, a saber:

Inciso I-) indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: é requisito que, na prática, dificulta a utilização da medida como ato inaugural à investigação criminal, pois, se existem razoáveis indícios de conduta ilícita, já há a possibilidade de formação de inquérito e, portanto, de investigação criminal. Tal requisito demonstra a natureza acautelatória da medida, uma vez que consagra a necessidade do "fumus boni iuris".

Inciso II -) a interceptação como único meio disponível: assim, não será permitida quando outros meios de prova mostrarem-se idôneos para o esclarecimento do fato.

Inciso III -) o fato a ser investigado deve ser punido com reclusão: assim, as contravenções penais e os crimes apenados com detenção não comportam a medida.

A doutrina é unânime em criticar o inciso III, relatando os seguintes motivos: 1-) crimes como furto de coisa de pequeno valor e a apropriação indébita simples ensejam a interceptação, ferindo, deste modo, o princípio da proporcionalidade;⁴¹ 2-) contravenções penais como a do jogo do bicho não são passíveis da violação, bem como o crime de ameaça. Nelson Nery Júnior aduz que, por exemplo, a ameaça e os crimes contra a honra cometidos tão somente por via telefônica poderiam dar ensejo, por ordem judicial, à escuta telefônica, aplicando-se, assim, o princípio da proporcionalidade de "lege ferenda".⁴² E com acerto proclama o Mestre, já que "até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada".⁴³

Por fim, a própria autorização judicial é requisito, lembrando-se, ainda, do parágrafo único do artigo 2º: "Em qualquer hipótese deve ser descrita com

⁴¹ Exemplos de Damásio E. de Jesus, *art. cit.*, pág. 465.

⁴² *Ob. cit.*, pág. 161.

⁴³ Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, pág. 61.

clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada".

3. Procedimento

Poderão requerer a diligência: autoridade policial civil ou militar, representante do Ministério Público, ou mesmo ordenada "ex officio". Nos casos de crime de ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal poderão requerer. A queixa, representação ou simples requerimento para a instauração de inquérito policial são suficientes para se legitimar, por exemplo, ao M.P. nos crimes de ação penal privada.

A requisição deverá ser encaminhada ao juízo competente da ação principal, seja em razão da matéria ou da hierarquia.

Deferida a requisição, a interceptação será mantida em segredo de justiça e autuada em apenso aos autos de inquérito policial ou de processo criminal. O auto de interceptação conterá todos os atos realizados, de que forma foram feitos e a transcrição da gravação. A estes elementos só terão acesso: o juiz, os auxiliares da justiça, o Ministério Público, as partes e seus procuradores.

A quebra deste segredo de justiça, havendo divulgação do conteúdo das gravações por pessoa que tenha acesso aos dados da interceptação, bem como a interceptação sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, constituem crimes apenados com reclusão de dois a quatro anos, e multa conforme o disposto no artigo 10 da LIT.

O crime de interceptação, antes regulado pelo artigo 151, § 1º, II, parte final, do Código Penal, exigia a divulgação, ou a utilização abusiva da conversação, sendo que a norma incriminadora da LIT reclama, apenas, a interceptação, ou seja, a coleta, o ato de intervir ou imiscuir-se em conversa telefônica.

O juiz terá o período de 24 horas para decidir sobre o pedido, fundamentando, sob pena de nulidade. A execução da diligência será de 15 dias, prorrogável por, no máximo, igual período (LIT, art. 5º). Para a execução, que

será realizada pela autoridade policial, facultado será a requisição de serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público (LIT, art. 7º).

Interessante a questão sobre o sigilo das diligências, em relação ao defensor do investigado. No âmbito de inquérito policial, onde o caráter inquisitorial é nítido, admite-se a impossibilidade do defensor de obter acesso acerca da execução da interceptação. Porém, no que tange à execução da medida em processo crime já em andamento, "onde vigem os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo vedado que se produza prova à revelia do réu"⁴⁴, surge a discussão sobre a ciência do defensor do investigado. Diga-se de passagem, que a crítica aqui imposta é a mesma que coloca em xeque o artigo 366 do C.P.P., com a nova redação dada pela Lei nº 9.271, infirmando-o pela suspeita de inconstitucionalidade.

Em termos práticos, é claro que a diligência deveria ser produzida totalmente às escondidas, sob pena de absoluta inutilidade. Contudo, adotando-se tal procedimento estaria se ferindo, de maneira contumaz, um dos princípios basilares para o alcance da justiça, o devido processo legal. A solução, não se encontra na Lei e mais uma vez dependerá da habilidade do operador do direito para sopesar interesses e bens jurídicos em conflito tão fundamentais como o devido processo legal, o direito à intimidade, o *jus puniendi* e, principalmente, a justiça.

4. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

A teoria norte-americana "fruits of the poisonous tree" é aquela que faz comunicar o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material a todas as demais provas produzidas a partir daquela. Aqui tais provas são tidas como ilícitas por derivação. É o caso, por exemplo, da obtenção do local onde se encontra o produto do crime através da confissão do suspeito submetido à tortura. A justificativa é nítida tendo-se em vista que a admissão de provas que por si mesmas sejam idôneas, mas que só foram obtidas através de práticas ilícitas, que ferem direitos subjetivos, muitas vezes até constitucionais, seria legalizar o ilícito e, além disso, estimulá-lo.

⁴⁴ Maria Lúcia Karam, Interceptação de comunicações telefônicas: o Estado máximo, vigilante e onipresente, *Enfoque Jurídico*, informe do TRF, n.1, agosto de 1996.

No julgamento do "habeas-corpus" nº 69.912-0, o STF teve a oportunidade de analisar a aplicação da teoria em sede de interceptação telefônica na investigação de tráfico de entorpecentes. Cumpre, ressaltar que o acórdão data de 1993, antes da entrada em vigor da LIT, fato que tornava a interceptação ilícita por falta de regulamentação legislativa, mesmo que judicialmente autorizada (em sentido contrário, a opinião do Ministro Paulo Brossard, resumida nos dizeres do Ministro Néri da Silveira: "o ilustre Ministro Paulo Brossard, em seu douto voto, sustentou que há determinadas hipóteses, todavia, em que a autorização legislativa seria insuscetível de dúvida, referindo-se aos casos dos crimes a que alude o inciso XLIII do art. 5º" - tráfico).

Em referido julgamento a discussão girou em torno das provas terem sido obtidas ou não com a gravação da conversa e que, portanto, poderiam ou não serem admitidas para fundamentarem decreto condenatório. A divergência explicita-se pelos excertos dos seguintes votos:

A leitura da sentença convence, por si só, de que a "degravação" das interceptações telefônicas, com a juntada da qual se inicia o inquérito, foi seguramente a prova decisiva, imprescindível: seja por seu conteúdo próprio, seja por que muito do que se colheu após a escuta - a começar da apreensão da droga e da prisão dos acusados - foi consequência das informações obtidas pela gravação clandestina das conversas telefônicas" (Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

Assim, ainda que a escuta telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal de crime considerado hediondo pudesse ser considerada ilegítima, o fato é que outras provas existem e que não são decorrência da escuta. De modo que, no caso, não se pode falar nos frutos da árvore venenosa, "fruits of the poisonous tree" (Ministro Paulo Brossard).

Parece-nos que a discussão habita em local estranho ao presente estudo. Entretanto, comprovado estiver o liame entre a prova ilícita e a lícita obtida através daquela, urge a exclusão delas do contexto probatório a fim de fazermos nossos direitos fundamentais atuarem em sua função precípua: limitar a abusiva ingerência estatal em nossas vidas, na sua intimidade.

CAPÍTULO III

ESCUITA TELEFÔNICA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL E JURISPRUDENCIAL

1. Posicionamentos Jurisprudenciais

Dentre alguns acórdãos obtidos junto a CONSULTORIA JURÍDICA EFE TRÊS D, destacamos o posicionamento de alguns Tribunais sobre o assunto referente a "degravação ou interceptação de escutas telefônicas.

O primeiro entendimento dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em apreciação de apelação criminal de nº 198/94 da 4ª Câmara Criminal cuja emenda relata, "in verbis" :

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA. LICITUDE. Na vigência da ordem constitucional anterior, quando não se transigia com a inviolabilidade das comunicações telefônicas, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante era de que tal; vedação não tinha caráter absoluto, permitindo-se a violação quando observados os parâmetros do Código Brasileiro de Telecomunicações. Sob o império da Carta Magna de 1988, que expressamente permite a interceptação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, prevalece o mesmo princípio até que venha a ser editada lei específica regulando a matéria, sendo, pois lícita a prova obtida por esse meio.

Observa-se que o Tribunal entendeu que a lei que fala o art. 5º, XII da Constituição Federal até que venha a ser editada dá margem a prevalência dos princípios e parâmetros do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Do voto do Relator Desembargador Adolphino A. Ribeiro destacamos: "as considerações de DAMÁSIO DE JESUS, que assim concluía:

Vê-se, pois, que em fase da legislação brasileira não constituem crime de violação de comunicação telefônica a interceptação e a gravação ordenadas pelo juiz competente, mediante requisição ou intimação, acompanhadas de fundamentação e realizadas pelos serviços fiscais ou postos oficiais de telecomunicações. " (Código de Processo Penal Anotado, 11ª ed., 1994, pg. 526)

De acordo com Apelação Criminal Nº 92.01.20124-9 - DISTRITO FEDERAL, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo como relator o Juiz Fernando Gonçalves e revisor o Juiz Tourinho Neto, expediu o entendimento quanto à gravação de conversa telefônica da seguinte forma:

PROCESSUAL PENAL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA. VALIDADE.

1. A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou rádioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Já o participante de uma conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu do outro, salvo se a revelação causar dano a terceiros. Deste modo, o conteúdo da conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios probatórios.
2. Crime de exploração de prestígio configurado.
3. Apelação parcialmente provida para reduzir a pena ao mínimo legal.

No voto do Relator Juiz Fernando Gonçalves, destacamos seu ponto de vista:

O problema da violação de comunicação telefônica não existe. A Lei pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telefônica ou rádioelétrica dirigida a terceiros ou conversação telefônica entre outras pessoas.

A respeito das gravações telefônicas (não interceptação por terceiro) RENATO MACIEL DE SÁ JÚNIOR, em artigo publicado pela revista Os Tribunais, vol. 574/302, disserta com inteira procedência:

'Se as conversas telefônicas puderem, como parece, ser aplicadas as mesmas conclusões relativas a missiva escrita, desde logo afirmar-se-ia que qualquer dos participantes de uma conversa telefônica adquire o direito de ter e usar, como se fosse dono aquilo que ouviu do outro.

O Juiz Tourinho Neto, revisor do acórdão em análise posicionou-se da seguinte forma:

Têm os Tribunais admitido a prova fonográfica quando a gravação é na própria conversa telefônica.

É certo que a prova obtida por meios ilícitos é vedada, por violar a intimidade, a dignidade da pessoa, sua integridade, a inviolabilidade do domicílio. Mas essa proibição não é absoluta. Admite-se, por exemplo, que o acusado utilize-se de prova obtida com violação do sigilo das comunicações para poder defender-se; a gravação telefônica feita pela vítima de extorsão.

A gravação fonográfica é de alto valor probatório.

No mesmo sentido, julgado do TJSP, retirado da RT nº 693, de julho de 1993, semelhante ao anterior, que teve como Relator o Desembargador Denser de Sá, posicionou-se assim:

PROVA - Gravação de conversa telefônica - Diálogo entre vítima e réu - Legalidade - Inexistência de interferência de terceiro no interior da conversação - Inteligência do art. 5º, XII, da C. F. - Declaração de voto.

O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem a aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações, sem uso de aparelho telefônico.

Entretanto, essa não é a interpretação dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal que no julgamento do Habeas Corpus de nº 69.912-0, Rio Grande do Sul, tendo como Relator Ministro Sepúlveda Pertence é o que se pode verificar na ementa do primeiro julgamento decidido por maioria dos votos, "in verbis":

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA : "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. C.F., ART. 5º.XII. LEI Nº 4117, DE 1962, ART. 57, II, "e". "HABEAS CORPUS" : EXAME DA PROVA.

I - O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, "e", da Lei 4.117, de conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na "degravação" das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de "Habeas Corpus", descer ao exame da prova.

III - H.C. indeferido.

O Ministro Sepúlveda Pertence em seu relatório afirma que: *degravação - vocábulo inexistente no Novo Dicionário Aurélio e que não passa de eufemismo destinado a encobrir a produção da prova unilateral.*

No princípio do seu voto, o então relator afirma:

Os problemas jurídicos atinentes à inadmissibilidade processual e às conseqüências da admissão indevida, no processo, das provas ilícitas - da barbárie primitiva da tortura física à sofisticação tecnológica da interceptação telefônica -, ainda geram controvérsia doutrinárias e vacilações jurisprudenciais nos ordenamentos de maior tradição cultural. "Eis a prova de que a questão da inadmissibilidade processual das provas ilícitas é assunto muito delicado, provocando análise e divergências na doutrina e jurisprudência.

Na fundamentação de seu voto o douto relator cita um trecho do livro *Interceptação Telefônica e Gravações Clandestinas no Processo Penal*, em *Novas Tendências do Direito Processual* da renomada jurista Ada Pellegrini

Grinover que assim expressa, repelindo expressamente a pretendida recepção, para fins do art. 5º, XII, do art. 57 do Código de Telecomunicações:

Evidente que enquanto não vier a lei a estabelecer as hipóteses e a forma em que as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada especifica, não suprimindo a ausência de lei específica.

O ministro Pertence faz referência em seu voto à doutrina americana jurisprudencial denominada de princípios dos "*fruits of the poisonous tree* " ou "frutos da árvore venenosa" e continua:

é que às provas diversas do próprio conteúdo das comunicações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas." E reafirma em outro ponto: "essa doutrina da invalidade probatória do "fruits of the poisonous tree" é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

O Senhor Ministro Francisco Rezek, em seu voto, consolidou a idéia de que:

As normas que a Constituição de 1988 encerra sobre essa matéria são prudentes: oferecem garantias aos cidadãos e à sua privacidade, sem, entretanto descorar do interesse legítimo da investigação criminal.

O Ministro Ilmar Galvão afastou a possibilidade de aplicação do Código Brasileiro de Telecomunicações, no dispositivo indicado, não atende à exigência de expedição de lei que está contida no art. 5º, inciso XII, regulamentadora do uso das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Cheguei até a afirmar que essa norma já fora revogada anteriormente pela Constituição de 1967, na Emenda nº 1, art. 153, § 9º.

Ministro Carlos Velloso reintera a análise de não aplicabilidade do Código Brasileiro de Telecomunicações convencendo-se que: *o art. 57, II, e, da mencionada Lei nº 4117, de 1962, não fixa a forma e tampouco as hipóteses, conseqüentemente, não houve a recepção do citado legal pelo inciso XII do art. 5º da Constituição."*

Em seu voto o Ministro Paulo Brossard declara que:

mantendo a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, a Constituição abriu exceção expressa às telefônicas, em princípio, invioláveis, mas suscetíveis de quebra." Citando do livro Elementos de Direito Processual Penal de José Frederico

Marques, o mesmo ministro expõe que " A autorização judicial para que a escuta se faça, lícitamente, tem o caráter de providência cautelar, em cujo processo há sempre um juízo de probabilidade.

No voto do Ministro Celso de Mello, o mesmo salienta que:

A cláusula constitucional do due process of law - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

Quanto ao princípio do art. 5º, XII, da Lei Fundamental da República, o Ministro Celso de Mello expõe:

A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico somente legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem ainda definidas em numerus clausus pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução." E continua: "O preceito constitucional em causa não se reveste, quanto à interceptação das conversações telefônicas, de densidade normativa suficiente. Ele impõe e reclama, para que possa válida e eficazmente atuar, a instauração de um processo de integração normativa de que deriva a lei exigida pela Carta da República." Fundamenta ainda seu voto dizendo que "O preceito inscrito no art. 5º, XII, da Lei Fundamental qualifica-se, no que refere à escuta telefônica, como estrutura jurídica dotada de insuficiente densidade normativa, a tronar imprescindível, para que possa opera, a necessária mediação legislativa concretizada do comando nele positivado. Na realidade, a norma constitucional em questão - por reclamar a interpositio legislatoris - não opera, em plenitude, no plano jurídico, e no que concerne à possibilidade das interceptações telefônicas, todas as suas conseqüências e virtualidade eficácias.

Sobre ilicitude da prova, observa-se do voto do Ministro Celso de Mello: a *prova oriunda de interceptação telefônicas clandestinas, realizadas com inobservância das prescrições constitucionais, receba-se prova materialmente ilícita.*

Contra-pondo-se a doutrina americana dos "frutos da árvore venenosa", o Ministro Otávio Gallotti considerou que a *ilicitude da quebra de sigilo não pode ter a conseqüência de nulificar tudo aquilo mais que se venha a obter de prova e possa servir à instrução do processo e ao convencimento do juiz.*

A decisão foi dada por maioria de votos e o Tribunal indeferiu o pedido de "Habeas Corpus" dando por vencidos os Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, que o deferiram. Votou o

presidente Ministro Otávio Gallotti, tendo como Relator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso.

Outra decisão pesquisada pelo grupo foi a Ação Penal nº 307-3 do Distrito Federal de 13/12/94 publicada no Diário da Justiça da União no dia 13/10/95 sob o ementário de nº 1804-11. Essa ação teve como autor o Ministério Público Federal e como réus o Ex- Presidente Fernando Affonso Collor de Mello e seu tesoureiro de campanha o Sr. Paulo César Cavalcanti Farias caput da ementa do acórdão assim relata:

AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (Art. 317, caput), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (Art. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (Art. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (Art. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (Art. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO Art. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESTA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDA, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

O ponto 1.1 da ementa fala da inadmissibilidade de provas consideradas obtidas por meio ilícito, expondo, "in verbis":

1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos da degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meio ilícito (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XII, da CF).

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal acolheu a preliminar da defesa, para declarar inadmissível a prova consistente no laudo de degravação de memória do computador dando por vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que só julgavam inadmissível a prova referente ao computador. Em relação à segunda preliminar, relativamente à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, o Tribunal rejeitou essa preliminar, vencidos o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, nos termos dos votos que

proferiram. Essa ação penal teve como relator o Ministro Ilmar Galvão e como revisor o Ministro Moreira Alves.

Do voto do Ministro Carlos Velloso destacamos:

Faço a distinção entre gravação efetuada por terceiro, que intercepta uma conversa de umas pessoas, da gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas. Neste caso, não tenho como ofendido preceito constitucional e nem tenho como ilícita a prova, dado que não há, na ordem jurídica brasileira, nenhuma lei que impeça a gravação feita por um dos interlocutores de uma conversa, inclusive para documentar o texto dessa conversa, futuramente. (...). Nenhum homem de bem gravará uma conversa que tenha tido com outrem, sem que dê conhecimento ao seu interlocutor, de que a conversa está sendo gravada. Mas a questão fica no campo ético. Não há proibição legal.

No entanto, o voto do Ministro deu-se por vencido pelo Tribunal.

O Senhor Ministro Celso de Mello salientou em seu voto que:

ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado." Quanto ao modo de obtenção da prova, o Ministro assim se posiciona: "a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos Juízes e Tribunais, "por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se submete ela ao conceito de inconstitucionalidade ... (ADA PELLEGRINI GRINOVER, op. cit., p.62, 1990, Forense Universitária).

Ainda sobre provas ilícitas o Ministro Celso de Mello continua:

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

Sob essa óptica, o Ministro Celso de Mello concluiu que

tenho por ilícita - e conseqüentemente em juízo - a prova obtida a partir da gravação clandestina de conversação telefônica efetivada à revelia de um dos interlocutores por outro dos sujeitos do diálogo, especialmente no que concerne ao registro feito das conversações mantidas com o co-réu Paulo César Farias.

O Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto mostra-se perplexo ao interpretar a essência do art. 5º, inciso XII, da Constituição, ao ponto de dizer que:

Continuo um tanto perplexo, no que toca a saber se, no art. 5º, inciso XII, da Constituição, o que se protegeu foi o sigilo de qualquer

dados armazenado por alguém ou o sigilo da comunicação de dados, uma vez que se trata, naquele inciso, de diversas formas de comunicação intersubjetiva e não do sigilo de arquivos." Logo a diante o Ministro diz: "Segundo interpreto o preceito o objeto específico da proteção constitucional da Comunicação telefônica, como de outros tipos de comunicação, é o sigilo em relação a terceiros." E continua: "É a ação do terceiro, é a interferência do terceiro - no grampeamento telefônico, na violação da correspondência alheia - que fere determinadas normas expressas na própria Carta da República. Quando, entretanto, um dos participantes da comunicação oral ou escrita entende de documentá-la de algum modo, ainda que na inconsciência da outra parte, isso não configura, em princípio, afronta à regra protetiva do sigilo. o resultado pode variar entre a indiscrição inofensiva e a mais reprovável vilania ; mas não há, aí, um ato ilícito.

Do voto do Ministro Sydney Sanches damos destaque ao seu posicionamento quanto a forma de obtenção da prova, onde ele expõe:

E sendo ilícita a forma de obtenção da prova (invasão das dependências da empresa, sem ordem judicial, seguida de apreensão do computador), nem é preciso cogitar-se da outra violação, que teria consistido na reconstituição, decodificação e reprodução nos autos, dos registros constantes d computador, diante do disposto no inciso XII do art. 5º da C.F., segundo o qual é inviolável o sigilo de dados, ou, ao menos, da comunicação de dados, inclusive de computador.

Vejamos que o Ministro Sydney Sanches dá um entendimento mais amplo do inciso XII do art. 5º da C.F. dando por inviolável a comunicação de dados, inclusive de computador.

A presente ação foi julgada em Plenário no dia 09 de dezembro de 1994, sob a presidência do Senhor ministro Octávio Gallotti. Estavam presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. O Procurador-Geral da República foi o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

CAPÍTULO IV
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9296/96
(INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA)

1. Conceito e natureza jurídica da Interceptação Telefônica.

Interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles.

A Lei 9.296/96 em seu artigo 2º estabeleceu de forma inversa as condições necessárias para a interceptação telefônica esquecendo-se que a regra é o sigilo a exceção a interceptação. Assim, por uma questão comezinha de hermenêutica jurídica, a lei deveria estabelecer em quais casos seriam admissíveis a interceptação telefônica e não o contrário. Porém...não o fez.

A exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (cf. art. 2º, I) deixa clara a presença do *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida cumulada com a inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, representando, assim, o *periculum in mora*. Neste último caso, evidencia-se a necessidade e a urgência da medida.

Posto isto, não temos dúvidas em afirmarmos que a natureza jurídica da medida de interceptação telefônica é CAUTELAR. Portanto, de índole normativa processual.

A medida cautelar poderá ser deferida para colheita de informações necessárias a viabilizar a propositura da ação penal e chamaremos de medida cautelar preparatória (art. 3º, I) ou deferida no curso da instrução criminal surgindo a medida cautelar incidental (art. 3º, II), porém em ambos os casos, *inaudita altera pars*.

A identificação da natureza jurídica da medida é importante para trabalharmos com as questões que irão surgir envolvendo direito intertemporal. Ou seja, as provas colhidas, por decisão judicial, antes da entrada em vigor da norma e as que, já na vigência da norma, também por determinação judicial, foram colhidas para apurar fatos ocorridos antes de sua vigência (cf. infra item IX).

2. Causas impeditivas da Interceptação Telefônica.

O artigo 2º da lei das interceptações telefônicas estabeleceu a regra em vez de dispor da exceção, pois é esta que deve estar prevista em lei.

O legislador preferiu dizer quando não se admite em vez de dizer quando seria admissível fazendo o intérprete olhar o dispositivo pelo avesso.

As duas primeiras hipóteses foram vistas acima: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (art. 2º. I e II) ressaltando o caráter de medida cautelar.

A terceira está descrita no inciso III do mesmo artigo. Diz ele: o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Quando a lei se refere a fato investigado claro está que a interceptação telefônica somente poderá ser feita para apurar fato pretérito e não futuro. Ou seja, não poderá (ou não deverá) ser concedida medida cautelar de interceptação telefônica para se investigar a vida de uma determinada pessoa, se a mesma vai ou não cometer um ilícito penal mesmo tratando-se de pessoa com antecedentes criminais. Não. O fato já tem que ter sido praticado e sendo objeto de investigação criminal em inquérito policial ou peças de informação.

O dispositivo legal acima ao se referir a Infração penal punida no máximo com pena de detenção exclui todas as contravenções penais por força do art. 5º da Lei das Contravenções Penais. Admitindo-se, portanto, somente nos crimes punidos com pena de reclusão.

Porém, neste caso, há que se interpretar sistematicamente o dispositivo legal e entender qual a sua verdadeira aplicabilidade.

Pensamos que não são todos os crimes punidos com pena de reclusão que admitirão a excepcional medida cautelar.

Hoje temos infrações penais de menor potencial ofensivo disciplinadas pela lei 9.099/95 (cf. art. 61) com institutos visando a despenalização. O que significa dizer que não há crime punido com pena máxima de reclusão igual ou inferior a um ano.

A doutrina cria outra espécie de infração penal com base na citada Lei dos Juizados Especiais Criminais: a de médio potencial ofensivo. São aquelas cujo o mínimo cominado em abstrato for igual ou inferior a um ano admitindo, assim, a suspensão condicional do processo.

O intérprete deve neste momento fazer uma interpretação sistemática e teleológica e verificar o que quis o legislador nesta redação defeituosa do inciso III. Com certeza não quis permitir a interceptação telefônica para apurar um furto simples que admitirá (sob seu aspecto objetivo) a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

Exemplo:

Durante a investigação de um homicídio doloso qualificado é concedida a interceptação telefônica nos termos precisos da lei objeto de comentários. Ocorre que durante a interceptação descobre-se a prática de um roubo praticado pelo investigado. Seria portanto lícita a obtenção desta prova. Pois do contrário, seria entendermos que do lícito adveio o ilícito. Não. Não podemos assim entender.

A interceptação foi realizada nos estritos limites da lei o que dela advier deve ser considerado como conseqüência do respeito a ordem jurídica e a aceitação é em prol da sua manutenção.

O §2º do art. 6º da lei de interceptação telefônica 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.

Neste caso, se houver conexão entre o fato descoberto fortuitamente e o investigado aplicar-se-ão as regras de conexão previstas nos arts. 76 e segs. do CPP. Entretanto, não havendo conexão aplica-se a regra do art. 40 da Lei Processual Penal, ou seja, o juiz remete ao Ministério Público desde que trata-se de crime de ação penal pública.

Assim, aceitamos como lícita a prova colhida de fato descoberto fortuitamente com as considerações acima expostas.

3. Legitimidade para requerer a medida

O legislador da 9.296/96 conferiu legitimidade a autoridade policial e ao Ministério Público para requererem a medida cautelar de interceptação telefônica e estabeleceu a possibilidade do Juiz concedê-la de ofício, porém nada mencionou quanto a legitimidade do querelante (titular exclusivo da ação penal de iniciativa privada) de requerer a medida.

Pensamos que o legislador embora nada tenha mencionado não impediu o querelante de requerer a medida, pois aonde há a mesma razão fundamental deve se aplicar a mesma regra de direito, princípio comezinho de hermenêutica.

Não devemos pensar que os crimes de ação penal de iniciativa privada são delitos, em regra, apenados com detenção (cf. arts. 138, 139, 140, 163 c/c 167 todos do CP) e, neste caso, excluídos por determinação legal (cf. art. 2º, III da Lei em comento). Não. O raciocínio embora correto encontra exceção nos arts. 213 e segs. do CP, ou seja, nos crimes contra os costumes em que a natureza da pena é de reclusão.

Assim, pensamos ser admissível ao querelante requerer a medida de interceptação em um crime apenado com reclusão, desde que presentes os demais requisitos exigidos pela lei. Pois, seria um contra senso admitirmos a

interceptação em um crime de estupro quando a ação penal fosse pública e não admitirmos quando a ação penal fosse de iniciativa privada.

As regras de hermenêutica repudiam este raciocínio.

Questão ainda que atormenta a doutrina é a legitimidade conferida ao Juiz de conceder de ofício a medida, entendendo alguns autores ser inconstitucional o agir de ofício do Juiz.

É inconstitucional a interceptação telefônica "de ofício", em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. (...) Tomar a iniciativa da prova "compromete psicologicamente o Juiz em sua imparcialidade". O Juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir (LUIZ FLÁVIO GOMES - Interceptação Telefônica - Ed. Revista dos Tribunais - pags. 201/202 e 205)

A lei ao admitir ao Juiz agir de ofício está em perfeita harmonia com o sistema e o princípio adotado entre nós: sistema do livre convencimento e o princípio da verdade real.

No Direito Processual moderno o Juiz foi restituído a sua própria consciência. Diz a exposição de motivos do Código.

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS - Item VII)

Assim, devemos ressaltar que o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus lictis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo

sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautela real (busca e apreensão).

Assim, fazemos distinção: no curso do inquérito policial não pode (e não deve) o Juiz decretar a medida de ofício, porém no curso do processo nada obsta que o faça em nome dos postulados acima mencionados.

MARCELLUS POLASTRI LIMA em recente brilhante obra, com a clareza e objetividade que lhe são peculiares, atesta:

.... na fase inquisitiva preparatória, não pode haver ingerência judicial, a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no art. 129, I, da Lei Maior, é sempre o Ministério Público. (MINISTÉRIO PÚBLICO E PERSECUÇÃO CRIMINAL Ed. Lumen Juris - pag. 53).

4. Natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação telefônica e recurso cabível.

A natureza da decisão que concede a interceptação telefônica deve ser vista sob dois prismas: o primeiro, é em que momento ela é concedida e o segundo o princípio que a informa.

Tratando-se de medida cautelar preparatória, portanto concedida na fase do inquérito policial ou da investigação criminal o teor da decisão, não obstante provir do órgão judiciário é decisão judicial administrativa. Não se trata de ato jurisdicional e sim judicial.

Porém, tratando-se de medida cautelar incidental, portanto concedida na fase da instrução criminal trata-se de decisão interlocutória.

A medida cautelar preparatória ou incidental deve ser concedida sob sigilo de justiça, ou seja, informada pelo princípio da publicidade interna restrita. Inaudita altera pars.

Posto isto, percebe-se que, tratando-se de decisão judicial (fase do inquérito policial) não cabe recurso (nem ação autônoma de impugnação) por parte da autoridade policial, pois, não há previsão em nenhuma parte da legislação processual de recurso de Delegado de Polícia contra ato de Juiz (salvo como parte propriamente dita em uma relação jurídica processual) porém, legitimidade tem o Ministério Público para impugnar a decisão que concede ou não a interceptação telefônica, seja na fase do inquérito policial, seja no curso da instrução processual penal.

Pensamos que a medida judicial cabível é o mandado de segurança, pois há a necessidade de defender o direito líquido e certo do Ministério Público de persecução penal nos exatos limites previstos no art. 129, incs. I, VII e VIII da CRFB.

A impetração do mandado de segurança é recomendável não só por entendermos que a hipótese se amolda aos seus requisitos, mas também, para evitarmos o inconveniente da ausência de contra razões recursais, caso o intérprete entenda que a medida judicial cabível seja o recurso de apelação com fulcro no art. 593, II do CPP. Pois, neste caso, seria um contra senso chamarmos o investigado ou acusado para contra arrazoar um recurso de uma decisão que foi prolatada inaudita altera pars, pois se houver concessão da segurança o segredo de justiça continua mantido em relação ao investigado ou acusado.

Outra questão que poderá surgir é a da possibilidade do assistente de acusação poder ou não requerer a medida de interceptação.

Assim, mesmo no (aparente) silêncio da lei, entendemos possível ao assistente de acusação requerer a medida, pois a omissão do legislador não poderá levar o intérprete a deixar de aplicar a analogia ou os princípios gerais do direito, sempre nos exatos limites estabelecidos nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

5. Prazo da interceptação

Tratando-se de medida cautelar e, portanto, de medida de caráter excepcional, pois já se disse alhures que a regra é o sigilo e a exceção é a interceptação o legislador estabeleceu um prazo para que a medida tenha

duração: 15 dias renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (cf. art. 5º da Lei em comento).

Primeiro, entendemos que a contagem deste prazo deve ser feita nos termos do art. 10 do CP e não do §1º do art. 798 do CPP. Pois, é mais vantajoso para o investigado ou acusado incluir o dia do começo.

Segundo, a expressão usada pelo legislador (renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova) não pode levar o intérprete a pensar que só há renovação uma única vez, mas sim, que a expressão uma vez se refere a comprovada indispensabilidade do meio de prova, ou seja, desde que presentes o periculum in mora e o fumus boni iuris. Portanto, tratando-se de medida cautelar poderá ser adotada tantas vezes quantas forem necessárias.

6. Degravação da interceptação telefônica

A expressão Degravação não encontra significado no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, porém a doutrina entende como sendo a transcrição da gravação telefônica, ou seja, a documentação do meio de prova.

A Degravação, portanto, é necessária para que, posteriormente, o acusado ao exercer o contraditório diferido (cf. infra item VIII) possa tentar demonstrar que aquela voz não é sua e submetê-la a perícia de espectograma (autenticidade de voz feita por computador).

Assim, a autoridade policial lavra um auto circunstanciado documentando a operação técnica realizada, documento este que encaminhado ao Juiz permite-lhe aplicar, se for o caso, a hipótese prevista no art. 40 do CPP quanto aos fatos fortuitamente descobertos.

A colheita da comunicação telefônica ou de seus dados sofrerá o crivo do contraditório, motivo pelo qual deve ser documentada para que possa ser objeto de análise pelos sujeitos processuais.

7. O princípio do contraditório diferido ou postergado.

O leitor há de convir que de nada serviria uma interceptação telefônica em que o suspeito tivesse ciência do *grampo* em seu aparelho, na linha respectiva ou na central. Então, a interceptação se dá sem este conhecimento prévio. Trata-se de prova colhida sem contraditório. Mas, observe-se: *colhida*, e não *averiguada* ou *avaliada*. Fala-se, pois, em *contraditório diferido*, para significar que dita prova, colhida sigilosamente, será submetida ao contraditório no momento em que ela for juntada aos autos. Neste momento, o juiz deverá, obrigatoriamente, abrir vista às partes, especialmente ao acusado (réu). É dada, pois, oportunidade para se discutir os requisitos da medida investigatória, sua legalidade, os excessos porventura cometidos, e seu conteúdo, quer dizer, o resultado da prova em si, o que ela, de fato, prova ou deixa de provar.

Encontra supedâneo constitucional a fase inicial sigilosa, neste caso, por exceção, num ambiente de sopesamento de valores, onde o interesse público, o interesse da sociedade, se sobrepõe ao direito individual do sujeito investigado. Exceção esta autorizada pelo art. 5º, XII, CF, em matéria disciplinada pelo legislador (Lei n.º 9.296/96 e Lei n.º 9.034/95).

Dispõe o art. 8º da Lei n.º 9.296/96:

"Art. 8º. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

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

Antônio Magalhães Gomes Filho critica o art. 8º e seu parág. único da Lei 9.296/96, porque "viola flagrantemente as garantias *da publicidade* (mesmo aquela *interna*, dirigida às partes) e principalmente a do contraditório, pois às partes deve ser assegurado o direito de conhecer e discutir os elementos de

prova, inclusive com a possibilidade de fazer a *contraprova*".⁴⁵ Acertada a crítica do autor, porquanto os arts. 407, 502 e 538, CPP, a que se reporta o dispositivo em comento, pertinem a etapa posterior ao encerramento da instrução, bem como das alegações finais das partes.

⁴⁵ *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 126.

CONCLUSÃO

Com base no trabalho exposto, podemos aferir que houve infelicidade dos legisladores ao redigir o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, acarretando interpretações duvidosas sobre sua intenção. Resguarda a norma o sigilo das comunicações em todas as suas formas, permitindo a quebra somente em caso de comunicação telefônica verbal para fins de investigação criminal ou investigação processual penal, mediante autorização judicial.

Vislumbrou o constituinte com essa restrição a quebra do sigilo, proteger as informações correntes em redes de computadores por vias telefônicas ou similares. Com o avanço tecnológico, hoje é possível interligar computadores via rede telefônica, permitindo assim obter informações institucionais ou empresariais permanentemente atualizadas. Essa troca de dados entre os computadores foi um dos fatores que levaram ao legislador a introduzir na redação deste inciso a inviolabilidade da comunicação de dados.

Sob o aspecto processual penal, quanto a ilicitude da prova, este tem como um de seus princípios norteadores o da verdade real, porém, observamos um encontro deste princípio com o da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Uma vez que, pode existir situações em que a verdade real só é concretizada através de provas obtidas por meios ilícitos. Assim, deve haver uma flexibilidade da norma constitucional, pois os fins devem prevalecer em detrimento dos meios, é o que concluímos face a realidade em que vivemos.

Há de se considerar ainda, conforme a doutrina e a jurisprudência processual penal, que a prova obtida por meio de gravação de conversa telefônica, só é ilícita se realizada por terceiros sem autorização judicial.

Nas jurisprudências pesquisadas, vimos o posicionamento de alguns Tribunais sobre o assunto referente a "degravação" ou interceptação de escutas telefônicas. Num primeiro momento, foi caracterizado como lícita a prova obtida através de interceptação telefônica, segundo o Tribunal de Justiça do Rio de

Janeiro, que, de acordo com o seu entendimento, a inviolabilidade das comunicações telefônicas não tinha caráter absoluto, sendo permitida a violação se observados os parâmetros do Código Brasileiro de Telecomunicações. E continuando, afirmam que, de conformidade com a Constituição de 1988, a interceptação para fins de investigação criminal ou processual penal é permitida, permanecendo os princípios do Código Brasileiro de Telecomunicações até a edição da lei específica regulando a matéria.

Todavia, esse não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em julgamento de Habeas Corpus, determinou a "degravação" de escutas telefônicas uma prova ilícita, visto que a lei que tornará viável a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou processual penal não existe ainda, pois o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal não recepcionou os princípios e parâmetros do Código Brasileiro de telecomunicações e também por que o mesmo inciso subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei que ainda não foi editada.

Noutro acórdão do STF, analisado pelo grupo, julgou-se inadmissíveis como provas, laudos da degravação de conversas telefônicas e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos, ou seja, o Egrégio Tribunal acata a doutrina americana dos "*frutos da árvore venenosa*" onde as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis à instrução criminal ou processual penal. Sendo assim, a apreensão de computadores com violação de domicílio e as degravações realizadas da sua memória ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas são meios ilícitos de obtenção de provas que as invalidam, ressalvados se realizadas sob autorização judicial de busca e apreensão.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume 2, 6ª ed, São Paulo, RT, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 5ª reimpressão, 1992.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Org. e Anot.. 26 Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DA SILVA, Edson Ferreira. *Direito à Intimidade*. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998.
- DIAS, Figueiredo e ANDRADE, Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editores, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 21.ed.ver. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à intimidade e a prova ilícita*. Del Rey, Belo Horizonte, 1998.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito á prova no processo penal*. São Paulo, RT, 1997.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 1.ed. São Paulo: Rideel, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, volume 2, São Paulo, Saraiva, 1997 .
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- JESUS, Damásio E. de. *Intercetação de comunicações telefônicas - notas à Lei 9.296, de 24.07.1996*. Revista dos Tribunais, v.735, p.458-473, jan.1997.
- _____. *Código de Processo Penal Anotado*. 11.ed. Atual. Ampliad. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Alcides de Mendonça. *A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. V.43, p.138-141.

LIMA, Francisco Meton Marques. *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*. Revista LTr, Volume 61, no. 5, maio de 1997.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Manual para elaboração de Monografias*. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Atlas, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MITTERMAYER, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Campinas, Bookseller, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Atlas, São Paulo, 1997.

_____. *Direito Constitucional*. 5ª ed, São Paulo, Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 6 ed, Saraiva, São Paulo.

PRATA, Edson. *Prova judicial via satélite*. Editora São Paulo, 649/13.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Max Limonad, 1960, v. 1 e 2.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 10ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 1987.

SILVA, Ovídio A . Batista. *Curso de Processo Civil*. Volume 1. 4ª ed, Editora São Paulo, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9.ed. Rev. 4.tir. São Paulo: Malheiros, 1994.