



UEPB

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS CAMPINA GRANDE

**Coordenação da Pós-Graduação do Curso de Especialização em
Inteligência Policial e Análise Criminal**

GLAUDISON ALVES RIBEIRO

PROVAS ILÍCITAS E A UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
Um estudo sobre o Direito Comparado

JOÃO PESSOA - PB

2016

GLAUDISON ALVES RIBEIRO

PROVAS ILÍCITAS E A UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
Um estudo sobre o direito comparado

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC apresentado a Coordenação da Pós-Graduação do Curso de Especialização em Inteligência Policial e Análise Criminal da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Inteligência Policial e Análise Criminal.

Orientador (a): Prof.^a Ma. Valtania Ferreira da Silva.

Área: Interceptação Telefônica, Inteligência de Segurança Pública, Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Direito Comparado.

JOÃO PESSOA - PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

R484p Ribeiro, Glaudson Alves

Provas ilícitas e a utilização da interceptação telefônica
[manuscrito] : um estudo sobre o direito comparado / Glaudson
Alves Ribeiro. - 2016.
55 p. : il. color.

Digitado.

Monografia (Inteligência Policial e Análise Criminal) -
Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação
e Pesquisa, 2016.

"Orientação: Profa. Ma. Valtania Ferreira da Silva, PRPGP".

1. Interceptação telefônica. 2. Provas. 3. Prova ilícita. I.

Título.

21. ed. CDD 363.256

GLAUDISON ALVES RIBEIRO

**PROVAS ILÍCITAS E A UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA:
Um estudo sobre o direito comparado**

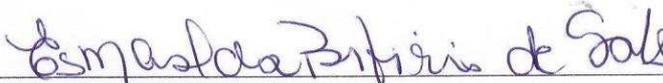
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação Geral dos Programas de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Especialização em Inteligência Policial e Análise Criminal.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em: **13 de dezembro de 2016.**

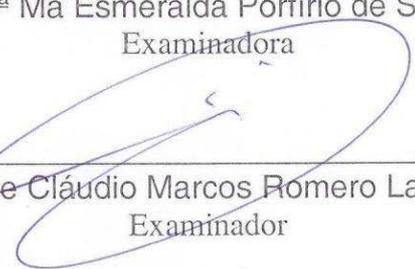
Banca Examinadora



Prof.ª Ma Valtânia Ferreira da Silva
Orientadora



Prof.ª Ma Esmeralda Porfírio de Sales
Examinadora



Prof. Me Cláudio Marcos Romero Lameirão
Examinador

João Pessoa
2016

Dedico o presente trabalho aos meus pais, irmã, namorada e a todos os familiares e amigos que me apoiaram nessa árdua batalha pelo conhecimento, vencida com amor e esperança.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me propiciar chegar a esta fase de realização, estando ciente de que todos os obstáculos foram importantes e enriquecedores para o aprendizado.

A minha mãe, mulher guerreira e dedicada, que participou de todas as batalhas ao meu lado, e diante de sua sabedoria soube me conduzir pelos caminhos mais adequados, fundados nos bons princípios e na base familiar.

A todos os amigos e colegas de turma que contemplaram e compartilharam os anos diante dos bancos acadêmicos e deitados nos livros da esperança.

Por fim, a todos aqueles que me ajudaram de alguma forma nessa caminhada rumo ao conhecimento e experiência de vida inesquecível.

“Uma coisa essencial à justiça que se deve aos outros é fazê-la, prontamente e sem adiamentos; demorá-la é injustiça”

(La Bruyère)

RESUMO

O direito fundamental de proteção à intimidade, à vida privada e ao sigilo das comunicações telefônicas, assegurados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, possuem, aparentemente, uma rigidez absoluta típica das garantias fundamentais fundadas na dignidade da pessoa humana. Todavia, a relativização desses princípios tem encontrado solidez e planificação na doutrina e jurisprudência, sobretudo quando se encontram conflitantes entre si, tendo como iluminador, nesses casos, o Princípio da Proporcionalidade. Neste contexto, a Interceptação Telefônica, prevista no inciso XII, artigo 5º da Carta Magna de 1988, e regulamentada na Lei 9.296/96, tem sido colocada no centro da polêmica da utilização das Provas Ilícitas, justamente na posição de conflito entre os direitos fundamentais. O objetivo deste estudo é analisar a ordem internacional sobre o tema da Interceptação das Comunicações no Direito Comparado sob o prisma da Teoria das Provas Ilícitas e sua inadmissibilidade no Processo Penal, tratando sobre a evolução da matéria Constitucional em países da União Européia e nos Estados Unidos. O enfoque e desenvolvimento da pesquisa estão centrados na legislação nacional e estrangeira deste meio de obtenção de prova e nos procedimentos de implementação da medida de restrição à inviolabilidade das comunicações.

Palavras-Chave: Interceptação Telefônica. Provas. Prova Ilícita. Processo Penal. Constituição. Direito Comparado.

ABSTRACT

The fundamental right to protect intimacy, privacy and confidentiality of telephone communications, as guaranteed by art. 5 of the Federal Constitution of 1988, apparently possess an absolute rigidity typical of fundamental guarantees based on the dignity of the human person. However, the relativization of these principles has found solidity and planning in doctrine and jurisprudence, especially when they are in conflict with each other, having as an illuminator, in these cases, the Principle of Proportionality. In this context, telephone interception, foreseen in item XII, article 5 of the Constitution of 1988, and regulated in Law 9.296/96, has been placed at the center of the controversy over the use of illegal evidences, precisely in the position of conflict between fundamental rights. The objective of this study is to analyze the international order on the subject of Intercepting Communications in Comparative Law under the prism of the Theory of Illegal Evidence and its inadmissibility in the Criminal Procedure, dealing with the evolution of the Constitutional matter in European Union countries and in the United States. The focus and development of the research is centered in the national and foreign legislation of this means of obtaining evidence and in the procedures of implementation of the measure of restriction to the inviolability of the communications.

Key words: Telephone interception. Evidences. Illegal evidence. Criminal Procedure. Constitution. Comparative law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.1. Problema	9
1.2. Justificativa	9
1.3. Objetivos.....	10
1.3.1. Objetivo geral	10
1.3.2. Objetivos específicos	11
2. DAS PROVAS ILÍCITAS	12
2.1. Conceito de prova.....	12
2.2. Provas ilícitas no Brasil.....	13
2.3. Provas ilícitas no Direito Comparado.....	17
2.3.1. Provas ilícitas nos Estados Unidos	17
2.3.2. Provas ilícitas na Alemanha	20
2.3.3. Provas ilícitas na Itália.....	22
2.3.4. Provas ilícitas na Espanha	24
3. ASPECTOS GERAIS DAS INTERCEPTAÇÕES	25
3.1. O direito à intimidade	27
3.2. Princípio da proporcionalidade	28
4. LEGISLAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	29
4.1. Interceptação Telefônica no Brasil.....	29
4.1.1. A lei 9.296/96	29
4.2. A Interceptação Telefônica no Direito Comparado	31
4.2.1. A interceptação telefônica em Portugal.....	31
4.2.2. A interceptação telefônica nos Estados Unidos	33
4.2.3. A interceptação telefônica na Itália	39
4.2.4. A interceptação telefônica na Alemanha	44
4.2.5. A interceptação telefônica na Espanha	46
5. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	48
6. RESULTADOS OBTIDOS E ANÁLISE	49
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1. INTRODUÇÃO

1.1. Problema

A proteção à intimidade e à vida privada, antes concretizadas pela garantia de inviolabilidade de domicílio e de correspondência, passou por uma transformação natural a partir das mudanças na sociedade baseadas na evolução tecnológica. A necessidade de manutenção dos direitos fundamentais que concretizam a dignidade da pessoa humana fez com que as legislações fossem alteradas para alcançar o novo paradigma de comunicação entre pessoas.

A preocupação estatal com a aceleração da atividade criminosa organizada frente à modernização dos meios de comunicação que facilitaram a execução das suas atividades, tornando mais complexa a investigação criminal, e o conseqüente surgimento da interceptação das comunicações remonta a segunda metade do Século XX.

No transcorrer das décadas e em paralelo aos acontecimentos históricos, surgiram diversas teorias sobre as Provas Ilícitas, no sentido da sua vedação como garantia ao cidadão contra o poder abusivo do Estado, ou, em oposição ao primeiro, admitindo a sua utilização em favor do bem coletivo. Nesse sentido, em primeira instância, vem à tona o questionamento sobre a utilização, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos quando se tem como objetivo maior a proteção da sociedade, levando-se em conta a gravidade dos delitos praticados pelas organizações criminosas.

Nesse sentido, estabelece-se a questão:

Como é tratado o tema da ilicitude das provas na perspectiva da utilização da Interceptação Telefônica como meio de prova no Processo Penal no direito estrangeiro e na legislação nacional?

1.2. Justificativa

A figura da interceptação telefônica ocorre quando há violação ao sigilo da comunicação por terceiros, sem o conhecimento dos comunicadores. Porém,

embora a atividade probatória seja mais livre no processo penal, não pode ela ser considerada absoluta, devendo respeitar certos limites.

No atual estado em que se encontra a sociedade brasileira e o cenário mundial, mormente quanto ao elevado índice de criminalidade, com elevado grau de ramificação e diversidade de atuação das organizações criminosas para fins de obtenção de lucro a partir da atividade ilícita, e à penetração nos territórios nacionais de grupos extremistas que se baseiam no fundamentalismo religioso, a atividade de investigação criminal e os meios de obtenção de prova denotam um relevante papel na esfera do combate e neutralização destas ameaças.

A repercussão social sobre a gravidade dos delitos em consonância com o impacto contemporâneo da preocupação com o terrorismo e o crime organizado insurgi-se contra modelos jurídicos de persecução criminal no aspecto da produção probatória e métodos tradicionais de investigação criminal.

O estudo se baseia na admissibilidade das provas ilícitas no processo penal estrangeiro e a utilização da Interceptação Telefônica como meio de obtenção de prova direcionada ao combate às Organizações Criminosas

A análise sobre a prova ilícita será realizada através do estudo comparado dos ordenamentos jurídicos e culturas processuais de diversos países da União Européia, do Brasil e dos Estados Unidos da América. O conhecimento se dará a partir do enfoque em conceitos gerais e específicos sobre a complexidade da matéria centrada nas diversas fontes que compreendem o arcabouço das teorias sobre a prova ilícita, a sua eficácia, os aspectos constitucionais, principiológicos e processuais.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo geral

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a utilização das provas ilícitas no processo penal estrangeiro frente ao uso da Interceptação Telefônica como medida de restrição ou violação ao sigilo das comunicações, consagrado direito fundamental de garantia das liberdades públicas.

1.3.2. Objetivos específicos

- Identificar e relacionar os direitos e garantias fundamentais no tocante à inviolabilidade das comunicações nas Constituições de países da União Européia e dos Estados Unidos;
- Identificar e relacionar a legislação processual penal dos países da União Européia e dos Estados Unidos sobre a admissibilidade das provas ilícitas;
- Identificar e relacionar a legislação infraconstitucional dos países da União Européia e dos Estados Unidos que regulamentam a Interceptação Telefônica;
- Estabelecer comparação entre o direito estrangeiro e a legislação nacional nos temas relativos aos itens anteriores.

A fundamentação teórica é iniciada a partir do segundo capítulo, que tem como enfoque o estudo sobre as Provas Ilícitas e sua evolução histórica no diversos sistemas jurídicos do Direito Comparado através de seus aspectos constitucionais e sua admissibilidade no processo penal. Neste capítulo serão estudadas a Constituição, o Código de Processo Penal e a doutrina nacional, dos Estados Unidos e de países da União Européia.

O terceiro capítulo tem como tema a Interceptação Telefônica, apresentando os aspectos gerais, seus conceitos e requisitos, além do conflito com o direito à intimidade, numa perspectiva da relativização dos direitos fundamentais pelo prisma do Princípio da Proporcionalidade.

No quarto capítulo é tratada a legislação da Interceptação Telefônica desenvolvido a partir da pesquisa sobre a legislação e doutrina nacional e estrangeira sobre o tema no tocante aos requisitos e condições de autorização, aos procedimentos de implementação da medida, e o caráter de legalidade da sua utilização como meio de obtenção prova no processo penal como ferramenta de combate às organizações criminosas.

O quinto capítulo estão relacionados os procedimentos metodológicos da pesquisa científica.

No sexto capítulo são apresentados os resultados obtidos e a análise.

No sétimo capítulo estão dispostas as considerações finais.

2. DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1. Conceito de prova

O conceito do vocábulo prova, segundo De Plácido e Silva:

Do latim probatio, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-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. (SILVA, 1987)

Na lição de Mirabete sobre prova:

provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. (MIRABETE, 2007, p. 249).

Capez, diante do tema, expressou:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. (CAPEZ, 2001, p.515)

A prova é direcionada ao magistrado como forma de atingir o seu livre convencimento com o objetivo de receber do Estado-juiz a medida mais benéfica aos litigantes em um processo. Tendo em vista a impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta, a suficiência da prova não poderá ter penhor da certeza plena, mas a busca

A prova tem finalidade social e, para por este motivo, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se. A apresentação da prova deverá estar definida de acordo com o ordenamento jurídico vigente para que possa ser aceita pelo juízo de direito. Nesse sentido cabe ao poder judiciário dizer se a prova é lícita

ou ilícita.

A princípio não há nenhuma restrição aos meios de prova, ressalvados, aqueles que ferem os princípios morais e atentam contra a dignidade da pessoa humana. Esse fato se dá tendo em vista aos princípios constitucionais. Daí pode-se concluir que tendo em vista os preceitos dispostos na Constituição, o uso de alguns métodos pode ser considerado ilícito, considerando no âmbito do processo penal, esta como nula.

2.2. Provas ilícitas no Brasil

Para compreender o verdadeiro significado da ilicitude da prova no processo penal, ou na esfera constitucional, é preciso diferenciar os termos 'provas ilícitas' e 'provas ilegítimas', que apesar da fácil leitura da semelhança, não tem a mesma identidade jurídica.

A classificação das provas conforme a sua contaminação com base na violação a princípios ou regras constitucionais, ou à normas legais, está na lição de Avena:

A expressão prova ilegal corresponde a um gênero, do qual fazem parte três espécies distintas de provas: as **provas ilícitas**, que são as obtidas mediante violação direta ou indireta da Constituição Federal; as **provas ilícitas por derivação**, que correspondem a provas que, conquanto lícitas na própria essência, se tornam viciadas por terem decorrido de uma prova ilícita anterior ou a partir de uma situação de ilegalidade; e, por fim, as **provas ilegítimas**, assim entendidas as obtidas ou produzidas com ofensa a disposições legais, sem nenhum reflexo em nível constitucional. (AVENA, 2015, p. 475, grifo do autor).

Na lição de Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Grinover conceituam prova ilícita como:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, **provas ilícitas as obtidas com a violação** do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou **das comunicações (art. 5º, XII, CF)**; as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF). (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2000, p. 127).

Nesse sentido, pode-se dizer, em resumo, que se a prova violar norma de direito processual, esta é considerada ilegítima; por outro lado, se a prova violar norma ou princípio de direito material, esta será considerada ilícita.

O tema prova ilícita encontra-se revestido de relevante valor social, tamanha a importância de se confrontar os direitos humanos fundamentais com o ideal subjetivo de justiça, através da busca pela verdade material como princípio basilar do processo judicial. O conceito de prova ilícita está diretamente ligado ao equilíbrio do sistema jurídico quando da relativização do direito em conflito com normas e princípios que devem conviver harmonicamente. Nesse sentido, escreveu Raimundo Amorim de Castro:

Embora os direitos de índole constitucional sejam imprescindíveis à produção da prova (direito de ação, de defesa e do contraditório), tais direitos, como já dito anteriormente, não são absolutos. Esses limites podem ter caráter extraprocessual, visando a preservação de outros direitos e dando lugar à inadmissibilidade processual das provas obtidas com violação do direito material (prova ilícita), ou processual, quando diz respeito à correção do julgamento e o controle das partes sobre o material probatório introduzido no processo. (CASTRO, 2010, p. 86).

As diversas causas que revestem as provas de ilicitude estão elencadas na lição de Teresa Armenta Deu:

[...] ao tratar de prova ilícita, essa pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. (DEU, 2014, p. 37).

Mesmo que o direito a ampla defesa e ao contraditório, que são preceitos constitucionais, sejam assegurados, a apresentação das provas no processo penal obedece a certos critérios, entre os quais estão os meios para obtê-las.

A legislação, em vigor atualmente no Brasil, limita a chamada produção probatória. São exemplos desses limites: a vedação da leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte, ou a proibição de depor a determinadas pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar sigilo, ambas previstas no Código de Processo Penal.

Segundo Espínola Filho, sobre a argumentação quanto à produção de provas:

Como resultado da inadmissibilidade de limitações dos meios de prova, utilizáveis nos processos criminais, é se levado à conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente, reputado capaz de dar conhecimento da verdade, não é preciso seja um meio de prova previsto, ou autorizado pela lei, basta não seja expressamente proibido [...]. (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 453).

Certamente o tema pode gerar dúvidas quanto a sua efetividade, ou seja, se uma prova sobre um determinado delito existe e é contundente, caso seja considerada ilícita teria sua admissibilidade no processo rejeitada. Certamente a dúvida pode pairar sobre o quesito processual em questão, mas pode ser absolutamente elucidada tendo-se em mente o momento em que a prova é colhida, ou seja, o que é primeiramente ilícito é o meio pelo qual a prova foi produzida.

Para exemplificar o conceito acima, podemos citar uma gravação de voz de interceptação telefônica, que é aceita com a devida autorização da justiça, sem a qual, mesmo que venha a ser apresentada no decorrer do processo, torna-se ilícita, pois foi produzida de modo ilegal.

Nenhum direito ou garantia fundamental previstos na constituição é absoluto, logo, a inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente assume caráter relativo. Diante do conflito de princípios e regras que iluminam o processo penal na visão tênue entre o justo e a abusividade da admissibilidade das provas ilícitas, a aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o caminho menos espinhoso para equilibrar essa demanda.

A controvérsia entre doutrinadores sobre a utilização das provas ilícitas no processo suaviza-se no entendimento pacífico da possibilidade do princípio da proporcionalidade no favorecimento ao réu, mas toma proporções de desequilíbrio quando o entendimento é na linha *pro societate*.

Na lição de Paulo Rangel sobre a utilização da prova ilícita *pro reo*:

[...] trata-se de verdadeira clausula de exclusão de ilicitude, conduta do réu que intercepta ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção. Estaria ele em estado de necessidade. Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio da Silva Jardim, à qual nos filiamos onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em

verdadeiro, estado de necessidade justificante. Destarte, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto. (RANGEL, 2013, p. 477).

Admitindo-se o princípio da proporcionalidade no sentido de minimizar a vedação à ilicitude das provas quando favoráveis à defesa do réu, poderia ser avocado o princípio da isonomia para abarcar também o caráter da proporcionalidade na admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade. Tem tomado maior proporção este pensamento na medida da complexidade do combate ao Crime Organizado e a dificuldade de se empreender prova seguindo os meios tradicionais de investigação. Nesse sentido, escreveu Avena:

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de que um agente policial, infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (crime de mal coletivo), valendo-se da confiança nele depositada pelo líder da associação e do fato de ter acesso às dependências de sua residência em razão dessa confiança, venha conseguir registrar, a partir de equipamento eletrônico clandestinamente acoplado em dita casa, a prova capaz de comprovar seu envolvimento na prática de crimes. Ora, não há dúvidas de que, considerada a letra fria do texto constitucional, essa prova importaria em violação à intimidade e no consequente afrontamento da regra inscrita no art. 5º, X, da CF, pouco importando se há ou não há a ordem judicial prevista no art. 10, caput, da Lei 12.850/2013 (que regulamenta os procedimentos de investigação do crime organizado), pois, afinal, a proteção constitucional à intimidade prevista no rotulado inciso X não é ressalvada pela possibilidade de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF). A despeito dessa ilicitude que se afigura, contrariando a posição jurisprudencial dominante, não vemos razão plausível para que tal prova não possa ser usada visando à condenação do traficante, possibilitando sua segregação como forma de preservar o interesse público maior, qual seja, o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas. (AVENA, 2015, p. 485).

É fundamental expor que a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* encontra validade somente em cenários de extrema gravidade das infrações, como seriam os casos das atividades do crime organizado, relativos aos crimes hediondos e equiparados (tráfico de drogas, terrorismo e tortura), situações em que a inadmissibilidade das provas ilícitas configuraria um injusto maior que beneficiaria a continuidade da perpetração criminosa em flagrante sacrifício da sociedade.

No Brasil os institutos das provas ilícitas por derivação passaram por transformação na legislação processual penal com o advento da Lei 11.690/2008, a qual incluiu, entre outros, os parágrafos 1º e 2º ao art. 157 do CPP. Nesse sentido,

Avolio:

A inovação mais relevante diz respeito à consagração da doutrina denominada an *independent source*, entre nós conhecida como da fonte autônoma da prova, por sua desvinculação causal com a prova ilícita, o que se traduz em **exceção à aplicabilidade da regra de exclusão das provas ilícitas por derivação**: '§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou **quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras**. § 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova'. (AVOLIO, 2015, p. 99-100, grifo nosso).

2.3. Provas ilícitas no Direito Comparado

2.3.1. Provas ilícitas nos Estados Unidos

Alguns doutrinadores americanos centravam seu pensamento na ideia de que prevalecia no processo a busca da verdade real, e o ideal de justiça não poderia prescindir das provas ilícitas para atingir seu objetivo, justificando suas teorias no benefício para a sociedade e no prejuízo maior de não alcançar a responsabilização do criminoso.

Nesta direção, nos informou Luiz Francisco Torquato Avolio, relacionando doutrinadores que realizaram estes ensinamentos teóricos:

Na doutrina norte-americana, Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; e Wigmore entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz Cardozo, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis – policiais ou particulares – por sua obtenção. (AVOLIO, 2015, p. 51).

Entretanto, predomina desde muito tempo no sistema jurídico dos Estados Unidos a inadmissibilidade das provas ilícitas, a *Exclusionary Rule* consagrada na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana surgiu a partir da necessidade de preservação dos direitos e garantias individuais frente ao trabalho de investigação policial visando abusos cometidos pelo aparato estatal na busca pela verdade real sem atender aos imperativos constitucionais que limitam a produção de prova no

processo penal daquele país.

Na jurisprudência norte-americana existe um número vasto de casos famosos representativos da inadmissibilidade das provas ilícitas, entre eles o histórico caso *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 de 1961 no qual a Suprema Corte decidiu que não apenas nos casos da Justiça Federal, mas também nos que tramitam nos tribunais estaduais, as provas obtidas sob violação à IV Emenda Constitucional, na qual preservava os direitos dos cidadãos ofendidos pela busca e apreensão policial, são inadmissíveis no processo. Como é possível observar, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana teve papel preponderante na construção das regras de inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, como bem asseverou em sua lição José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 45-46):

Tal como hoje o conhecemos, o processo penal norte-americano é produto menos da lei que da jurisprudência da Suprema Corte. Exercendo amplamente o papel de intérprete da Constituição (e de suas emendas), elaborou esse tribunal vistoso tecido normativo, com os escassos e tênues fios que extraiu de um punhado de cláusulas constitucionais. O trabalho construtivo, realizado sobretudo a partir dos anos 50, quando se formou a chamada Warren Court, engendrou imponente corpo jurisprudencial, tão inovador, em certos pontos, que a seu respeito se chegou a falar de uma 'revolução do processo penal'. São grandes, com efeito, a extensão e a variedade dos tópicos atacados, não raro com notável desenvoltura – para não dizer ousadia – hermenêutica, a justificar a afirmação de que a Suprema Corte ultrapassou mais de uma vez os limites da interpretação e do controle de constitucionalidade das leis e se engajou em obra indisfarçavelmente legislativa. Para tanto muito contribuíram fatores como a feição sintética e a linguagem vaga do texto constitucional, com largo uso de conceitos jurídicos indeterminados; a inexistência de disposições capazes de regular diretamente questões características de tempos mais recentes; e o recurso à noção do 'substantive due process', que abriu à Corte o exame da própria razoabilidade das leis, franqueando-lhe o acesso a terreno bem menos delimitado do ponto de vista técnico, e correlatamente mais exposto ao influxo de opções políticas e ideológicas. (apud CASTRO, 2010, p. 107).

Na atual realidade do enfrentamento da doutrina norte-americana no tema da prova ilícita, os Tribunais dos Estados Unidos, em maior grau a Suprema Corte, tem trilhado caminhos opostos àqueles em que fizeram da *exclusionary rules* um modelo que se alastrou por diversos países. A perspectiva de que a sobrevivência das regras de exclusão esteja ameaçada, a ponto da doutrina daquele país se debruçar nos aspectos do futuro incerto das *exclusionary rules*, e, neste ponto, o caso *Hudson vs. Michigan* tornou-se um divisor expoente deste novo paradigma que vem se confirmando nas últimas décadas na jurisprudência norte-americana.

No caso *Hudson vs. Michigan* a sentença de primeiro grau que absolveu Booker Hudson foi reformada pelo Tribunal de apelação de Michigan, condenando o acusado. Hudson havia sido preso após a polícia encontrar em sua residência, fruto de uma busca e apreensão devidamente autorizada, armas de fogo e drogas. Na primeira instância restou comprovada o desrespeito a uma regra advinda da IV Emenda Constitucional, segundo a qual a polícia deveria aguardar um certo tempo, em média 20 segundos, após bater à porta do suspeito para depois realizar a entrada na sua residência.

Nesse sentido, abordando os fundamentos em que se baseiam a tendência de afastamento por parte da doutrina norte-americana das regras de exclusão, escreveu Teresa Deu:

As críticas frente à Exclusionary Rule e com isso as razões para não aplicá-la, nasceram praticamente com ela e no decorrer dos anos vem sofrendo alterações bruscas até o momento atual em que se questiona diretamente. Seu fundamento articula-se em torno de quatro argumentos: a) o custo que suporta, crítica que em todo caso caberia referir-se, afirma-se, sobre o respeito à Emenda correspondente e ao resultado da ponderação entre o poder outorgado à polícia e aos direitos individuais contemplados nas diferentes Emendas, b) a atenuação da necessidade do efeito dissuasório pela **crescente profissionalização dos funcionários da polícia**, c) a nova doutrina da conexão atenuada, e d) os remédios civis existentes. (DEU, 2014, p. 171, grifo nosso).

Os principais motivos da incorporação das exclusionary rules na jurisprudência norte-americana estão focados na integridade judicial, do inglês *judicial integrity*, e no efeito dissuasório, advindo do *deterrente effect*, que é o efeito que as regras de exclusão exerceriam na mudança de comportamento e atuação policial em desacordo com os direitos individuais do cidadão. O afastamento das regras de exclusão estaria centrado na substituição das mesmas por diferente efeito dissuasório oriundo da responsabilidade civil dos policiais que atuassem em desacordo com as regras constitucionais, resultando em indenizações pela lesão sofrida pela vítima do aparato estatal.

As reações a este entendimento reproduzem-se na crítica de diversos doutrinadores que, nas palavras de Teresa Armenta Deu (2014, p. 173), admitem: “[...] a profissionalização das forças policiais tem crescido, enfatizando a relevância disso, a disciplina policial interna, mas sem compartilhar [...] que carece de sentido manter a regra e resulta mais eficaz reenviar a questão à indenização do lesionado,

pela via civil”.

Na questão atinente à nova doutrina da limitação da conexão atenuada, do inglês *attenuated connection limitation* – teoria segundo a qual quando não existir uma conexão da prova ilícita com a prova derivada, ou quando esta conexão for tênue, não subsiste contaminação desta, podendo a mesma ser utilizada no processo – a decisão no caso *Hudson vs. Michigan* denota um novo ajustamento, implicando no afastamento das regras de exclusão e aplicação da conexão atenuada nos casos em que não existir relação direta com a preservação do direito lesionado. Nesse sentido, escreveu Yackley (2007, p. 436 e ss.):

A partir desta, contempla-se uma nova perspectiva de atenuação, referida aos interesses protegidos pela garantia constitucional vulnerada, de maneira que não se aplicará a regra de exclusão senão nos casos em que os interesses vulnerados tenham relação direta; circunstância que, atendidos os direitos contemplados nas emendas 4^a, 5^a, 6^a e 14^a, deixa como único caso de aplicação da regra de exclusão a confissão obtida sob tortura. (apud DEU, 2014, p. 172, grifo nosso).

2.3.2. Provas ilícitas na Alemanha

Por muito tempo a questão da prova ilícita foi esquecida pela doutrina, na Alemanha em uma primeira abordagem dos juristas que mereceu destaque, o tratamento foi pela admissibilidade, levando em conta o sopesar dos princípios da verdade real e do livre convencimento do juiz.

Sobre esse enfoque, escreveu Luiz Franciso Torquato Avolio:

Nesse sentido, entre os juristas alemães, Schönke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. (AVOLIO, 2015, p. 51).

A Alemanha passou por uma evolução no tema da prova ilícita advinda das Constituições dos *Länder*, dos estados federados alemães onde estavam previstos direitos fundamentais e suas garantias, de forma mais completa que na *Grundgesetz*, que era a Lei Fundamental da Alemanha Ocidental editada em 1949, ainda repartida, constituição que sobreviveu após a reunificação,

permanecendo a República Federal da Alemanha.

Estas cartas constitucionais adotavam manifesta oposição aos velhos dogmas doutrinários da prevalência do interesse público impresso no princípio da busca da verdade real, naquele momento de transformação a figura central estava na preservação da dignidade humana.

O legislador alemão no ano seguinte a edição da Constituição Federal Alemã fez nascer a previsão expressa no Processo Penal Alemão *Strafprozessordnung* da proibição da utilização das provas ilícitas, conforme se vê na lição de Avolio:

O legislador, com surpreendente tempestividade, intervém já em 1950 para introduzir o 'novo' § 136, a, da *Strafprozessordnung*, pela qual **se excluem expressamente não só os maus-tratos e a aplicação de sofrimentos físicos, como as substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito, como também toda forma de violência moral** ou pressão dolosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas. E a essa proibição acrescenta-se, explicitamente, a de utilizar em juízo as provas obtidas de forma proibida (§ 136, a, 3.º). O *Bundesgerichtshof* reporta-se ao valor supraordenado da dignidade humana para estender o âmbito de aplicação do § 136, a, à proibição de utilização do *lie detector*. (AVOLIO, 2015, p. 55- 56, grifo nosso).

Como se pode ver o Código de Processo Penal *Strafprozessordnung* traz disposição expressa e taxativa para a exclusão de provas obtidas através da tortura, além disso o Tribunal Federal de Justiça Alemão *Bundesgerichtshof* estendeu o entendimento para aplicação da regra de exclusão para a proibição da utilização do *lie detector*, espécie de polígrafo, um detector de mentiras que através da comparação de medidas e índices fisiológicos, como os batimentos cardíacos, pulso, pressão arterial, aferidos durante um interrogatório poderiam indicar a veracidade das informações prestadas.

As regras de exclusão contidas na lei processual alemã estão divididas entre àquelas de proibição da produção probatória e às de proibição da valoração probatória, sendo relativas aos meios de prova, aos fatos e aos métodos de obtenção, estando entre estes os elencados no § 136 da *Strafprozessordnung*.

A contraposição de direitos que se chocam através do conflito de interesses estatais que de um lado posiciona-se pela busca pela verdade no processo penal e de outro pela preservação dos direitos fundamentais do Homem na medida em que proíbe-se a utilização das provas ilícitas contra o mesmo. Esta dicotomia encontra caminhos ainda mais difíceis quando da falta de previsão expressa da proibição de

utilização das provas para o caso concreto, momento em que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão lançou mão de diversas teorias como solução desta colisão de direitos, entre as quais a Teoria da Ponderação de Interesses, cuja aspecto fundamental é a análise da gravidade da lesão processual. Conforme esta disposição, segundo (AMBOS, 2008; FINGER, 2006; VOLK, 2006):

Ao que concerne à teoria da ponderação, de aplicação majoritária na atualidade, os interesses a ponderar se materializam tendo em conta a gravidade do fato e o peso da infração processual penal. Essa ponderação corresponderá ao Juiz de instância, quem deve decidir em juízo se pode subsanar a infração processual ou deve entender que existe uma proibição de utilização, não-escrita. Elementos para esse julgamento poderiam ser a existência de uma infração legal de especial gravidade, do ponto de vista dos direitos humanos e/ou se a infração se manifesta como um atuar calculado ou consciente das disposições processuais. (apud DEU, 2014, p. 57).

2.3.3. Provas ilícitas na Itália

Na doutrina italiana alguns autores mesmo inferiram pela admissibilidade da prova ilícita, porém com teorias amparadas em institutos distintos do livre convencimento do juiz e da verdade real, sustentavam que o interesse da justiça pela punição do infrator supera o atributo de ilegalidade da prova e a torna admissível no processo, não obstante a responsabilização penal e civil do autor que se sujeitará às penas cominadas pela ilicitude da prova. Esta teoria denominada *male captum, bene retentum*, representada por Franco Cordero, que segundo Grinover (1976, p. 138-139):

Assim, Cordero baseava-se numa hipotética relação entre a inadmissibilidade da prova e a ilegalidade dos meios utilizados para a sua obtenção, que deveria existir no ordenamento jurídico, a servir de ponte para a exclusão do processo das provas ilicitamente obtidas. (apud AVOLIO, 2015, p. 51).

Com o passar do tempo, a conseqüente evolução doutrinária refletida nas mudanças dos ordenamentos jurídicos que abandonaram o excesso pela busca da verdade real, passando a fixação das regras de exclusão como reflexo da preservação maior dos direitos e garantias das liberdades públicas, presente na Itália no caso *Vigo x Formenti*, que segundo Avolio:

[...] a Corte de Apelação de Milão reprovou o arbítrio cometido pela parte, consistente no apossamento das cartas de propriedade de outro sujeito, rejeitando a possibilidade de utilização de escritos “alheios” como prova das próprias pretensões creditórias. Se existia um bem jurídico a resguardar, seria o direito de propriedade [...] No caso de ser necessário abrir-se uma exceção à vedação probatória, como, por exemplo, para a persecução de graves delitos, caberia ao juiz a apreciação da validade e do peso do documento ilegitimamente subtraído da parte adversa e produzido em juízo. (AVOLIO, 2015, p. 52).

Na Itália ocorreu a previsão expressa da vedação à utilização da prova ilícita em seu Código de Processo Penal de 1988, antes vigorava o código de 1930, Código Rocco, editado na ditadura fascista (1925 a 1943) de Mussolini. Prevista no art. 191 sob o título de *Prove illegittimamente acquisite*, dispunha que as provas incorporadas ao processo, com violação às proibições estabelecidas em lei não podem ser utilizadas, e que a inutilizabilidade da prova pode ser decretada de ofício em qualquer fase do processo, conforme o texto do Código de Processo Penal Italiano in verbis “Art. 191. 1. *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*. 2. *L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*”. (ITALIA, 1988).

Na lição de Paolo Tonini (2002, p. 76):

[...] a ‘inutilizabilidade’ é um tipo de invalidade que tem a característica de atingir, não o ato em si, mas o seu valor probatório. O ato pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja servir de fundamento para a decisão do juiz. (apud CASTRO, 2010, p. 103).

Nesse diapasão, pode-se inferir que as provas ilícitas são, em regra, utilizáveis, pois a prova que sofre a inutilizabilidade é a que fere a norma processual, não atingindo seu aspecto formal, mas sua esfera substancial de se converter em material probatório, constituindo uma limitação ao livre convencimento do juiz. Segundo Teresa Armenta Deu (2014, p. 47): “A prova *illicita* é aquela contrária a uma norma penal, diferente da *inutilizzabilità*, que descumpre uma norma processual e que se inclui na categoria mais ampla de *illegalità* (arts. 191 e 526 do CPP)”.

A doutrina italiana difere a *inutilizzabilità geral*, aquela prevista no art. 191 do Código de Processo Penal Italiano, da *inutilizzabilità especial*, sendo esta àquela que violar uma norma concreta, de conteúdo material, inserindo-se no conjunto de provas ilícitas. Conforme esse entendimento escreveu Teresa Armenta Deu:

A prova ilícita no ordenamento processual penal italiano incluiria os casos em que a norma do Código de Processo Penal prevê a inutilizzabilità (inutilizzabilità especial). Ainda, quando a prova tenha sido praticada violando uma proibição probatória, isto é, no âmbito da inutilizzabilità geral. (DEU, 2014, p. 47).

Nesse diapasão, pode-se inferir que as provas ilícitas são, em regra, utilizáveis, pois a inutilizabilidade não atinge seu aspecto formal, mas sua esfera substancial de se constituir em material probatório, já que se afasta do livre convencimento do juiz.

2.3.4. Provas ilícitas na Espanha

No sistema jurídico da Espanha existe a previsão expressa da inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme o texto do art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário Espanhol (ESPANHA, 1985), *in verbis*: “não terão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com vulneração dos direitos ou das liberdades fundamentais”. (apud DEU, 2014, p. 52). O caráter geral do referido artigo da lei orgânica do poder judiciário coaduna-se com o ordenamento processual espanhol o qual possui tratamento específico na questão das provas ilícitas, previsto em casos que levem à prerrogativa de suscitar como questão prévia a infringência de direito fundamental.

Conforme a taxatividade do direito espanhol prevista na lei orgânica do poder judiciário no tocante ao tema da inadmissibilidade das provas que violem os direitos fundamentais ou as liberdades públicas, sejam direta ou indiretamente, a ilicitude da prova é estabelecida no momento da obtenção da prova, e não no momento de produção da prova dentro do processo, ou seja, o instante determinante para o momento probatório é extraprocessual. Portanto, a ilicitude probatória é atingida no momento da confissão obtida mediante tortura, ou no momento da interceptação telefônica sem autorização judicial.

O momento da obtenção ou da produção da prova é determinante para a distinção da ilicitude probatória ou da nulidade processual, primordial na doutrina espanhola, assim como a separação dos direitos fundamentais afetados em processuais ou não-processuais. Neste sentido, estabelecendo o conceito de diferenciação dos direitos fundamentais violados para a determinação da ilicitude da

prova, escreveu Armenta Deu:

[...] cabe distinguir, dentro do terreno dos direitos fundamentais, entre aqueles que são de natureza ou âmbito processual, e aqueles outros que não o são. Os direitos fundamentais processuais são aqueles suscetíveis de recondução ao art. 24 da CE, e não o são os demais (v.g., o direito ao segredo das comunicações ou à inviolabilidade do domicílio). A jurisprudência constitucional distingue, em função de que o direito fundamental lesionado seja ou não de conteúdo processual. A juízo do Tribunal Constitucional, segundo essa corrente, provocam ilicitudes **as lesões de direitos fundamentais que não sejam de âmbito processual**, quer dizer, a infração do art. 24 da CE na obtenção de provas **não comportaria a ilicitude probatória no sentido estrito, mas somente uma infração processual que determinaria a nulidade** das atuações, devido à potencial produção de falta de defesa. **O resultado na prática, aparentemente, é o mesmo – a prova não será utilizada para fundar o julgamento de fato –**, mas com a ressalva da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que se reserva unicamente para a vulneração a direitos fundamentais e, ainda assim, não em todas as hipóteses. (DEU, 2014, p. 54-55, grifo nosso).

Nos ensinamentos de parte da doutrina moderna espanhola de Lopez, a prova ilícita é tratada terminologicamente sob o título de prova ilegalmente obtida e a sua inadmissibilidade, o que estabelece um conceito mais amplo para o tema. Segundo Jacobo Lopez Barja de Quiroga (1989, p. 99): “Assim, não há que se distinguir quanto ao momento processual de admissão ou de incorporação ao processo, ou mesmo ao da sua apreciação, pois a ineficácia seria a mesma”. (apud AVOLIO, 2015, p. 60).

Na crítica ao pensamento de Lopez, estabelecendo uma linha de raciocínio oposto ao da utilização da teoria na qual a terminologia de prova ilegalmente obtida despreza o momento probatório, descrevendo-o como irrelevante para a inadmissibilidade da prova, Torquato Avolio escreve:

[...] seria oportuno voltar a ressaltar que a consideração dos momentos probatórios é de fundamental importância para o tratamento das provas ilícitas no direito italiano e no brasileiro, não se podendo admitir que sejam tratados englobadamente pelo autor espanhol. O que talvez se justificasse em função do tratamento constitucional e legal conferido à prova ilícita no seu país de origem. Com efeito, a única disposição legislativa sobre o tema das provas ilícitas está contida no art. 11.1 da *Ley Organica del Poder Judicial* [...]. (AVOLIO, 2015, p. 60, grifo nosso).

3. ASPECTOS GERAIS DAS INTERCEPTAÇÕES

Bebendo na fonte do professor Guilherme de Sousa Nucci, autor de Leis

Penais e Processuais Penais comentadas, interceptar significa interromper, cortar ou impedir. Então interceptação telefônica significa constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas ou, em sentido amplo, intrometer-se em comunicação alheia. A interceptação regulada pela Lei 9.296/96 diz respeito àquela onde alguém invade, por aparelhos próprios, a conversação mantida via telefone entre duas ou mais pessoas, captando dados, que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos, devendo observar a forma legal sob pena de configurar crime .

Entende-se por interceptação, a captação de conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de, somente, um deles .

A interceptação telefônica é a captação, a gravação de conversa telefônica e ocorre quando, nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, torna-se necessário mencionar este conceito para que não venhamos confundir interceptação telefônica com gravação clandestina da conversa telefônica, pois nesta última, um dos interlocutores sabe que a gravação se realiza.

A interceptação telefônica tem amparo legal no direito, desde que obedecidos os parâmetros delimitados em lei, se configurando, desta forma, um meio de prova lícito, ao passo que a gravação clandestina da conversa telefônica é ilícita e inadmissível como prova no processo.

Interceptação telefônica trata-se da gravação, captação da comunicação telefônica, do som, linguagem, símbolos, que são veiculados numa conversa telefônica e ocorre sem que os interlocutores não tenham ciência da invasão de privacidade. Em suma existem três protagonistas sendo dois interlocutores e um terceiro que capta a conversação sem o conhecimento daqueles.

É amparada pelo direito, se obedecidos os parâmetros delimitados em lei, sendo, portanto, um meio de prova lícito.

No caso da gravação clandestina, existem apenas os interlocutores. Nessa hipótese, a gravação é feita por um deles sem o conhecimento do outro, ao passo que na interceptação telefônica nenhum dos interlocutores sabe que a gravação se realiza.

A escuta telefônica dá-se da mesma forma que a interceptação telefônica, diferenciando-se por existir o consentimento de um dos interlocutores. Tem-se como exemplo clássico, a comunicação com os seqüestradores, na qual a polícia faz a escuta mediante autorização da família da vítima.

É uma forma de gravação que não depende de ordem judicial; a prova colhida na gravação é lícita, porém, os trechos relacionados à intimidade do interlocutor gravado não podem ser utilizados, salvo quando essenciais à prova dos fatos.

Tendo em vista o avanço tecnológico existente nos dias atuais, e a proliferação de dispositivos eletrônicos que facilitam a “arte da intromissão indevida” à vida privada dos indivíduos; ficou mais fácil e suscetível a produção de provas por meio destes artifícios eletrônicos. Neste contexto, inserem-se, principalmente, as gravações audiofônicas chamadas “clandestinas”, com o objetivo de forjar situações, deliberadamente ou não, para se obter alguma prova, mediante determinado cenário jurídico.

3.1. O direito à intimidade

O direito à intimidade é de difícil definição e possui sua complexidade na delimitação quanto aos seus mecanismos de proteção, tendo em sua exposição doutrinária o teor de essencialidade no desenvolvimento e manifestação da personalidade humana.

Na Constituição Federal de 1988, a proteção à intimidade, prevista no artigo 5º, inciso X, discorre sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral, caso decorra o dano da violação daquelas garantias. Neste âmbito, mecanismos garantidores da intimidade se coadunam no direito à inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações, trazendo à tona a polêmica do instituto da interceptação telefônica, da escuta e da gravação clandestina.

A intimidade, sob o prisma da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, deve ser protegida sob dois aspectos, o primeiro quanto ao da agressão, que consiste na intervenção do ato contínuo de comunicação sem autorização; e o segundo, se insere na divulgação indevida do material obtido mediante a invasão da privacidade.

No aspecto da divulgação indevida, existe uma tolerância maior por parte do ordenamento jurídico, com base no art. 153 do Código Penal Brasileiro, quando o ato é praticado com justa causa, que pode ser exercido quando um interlocutor utiliza-se desse material para sua defesa no processo ou comunica ao poder judiciário sobre crime de ação pública.

Sobre a gravação clandestina, Vicente Greco Filho segue o posicionamento

do sentido anterior, mencionando a respeito da inexistência de interceptação telefônica neste caso e, conseqüentemente, a não aplicabilidade da Lei 9296/96, não necessitando, inclusive, de autorização judicial.

A gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (...) não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os titulares - o remetente e o destinatário - são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a divulgação. (GRECO FILHO, 2005)

3.2. Princípio da proporcionalidade

É imprescindível focar a relativização dos Direitos Fundamentais para observância da constitucionalidade da Interceptação Telefônica, bem como, da aceitação da prova tida como ilegítima ou obtida por meios ilícitos.

Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade que lhes abre a possibilidade de admissão de provas ilícitas para o resguardo de um bem, quando conflitantes com outros bens constitucionalmente protegidos; neste caso, entra em cena o princípio da proporcionalidade, que vai ponderar e dar plausibilidade ao conflito. (CASTRO, 2010, p. 129).

Na linha da relativização através dos conflitos, salienta Manuel da Costa Andrade:

[...] além dos limites “internos”, que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm, também, limites “externos”, pois têm que conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional [...]. (ANDRADE, 1999, p. 213-214).

O Ministro do STF, Gilmar Mendes, em sua obra, expressou:

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. (MENDES, 2000, p. 107).

4. LEGISLAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

4.1. Interceptação Telefônica no Brasil

4.1.1. A lei 9.296/96

Atual lei que disciplina a Interceptação Telefônica, a Lei 9296/1996, regulamenta a parte final do Art. 5º, Inciso XII, da Constituição Federal de 1988, que prevê, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988).

A Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, no caput de seu artigo inaugural, dispõe, *in verbis*:

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. (BRASIL, 1996).

A legislação ordinária caminhou no mesmo sentido da Constituição Federal de 1988, ao fazer uso da expressão 'investigação criminal' no caput do art.1º, evidenciando a possibilidade da realização da interceptação telefônica durante as investigações policiais, ou seja, antes mesmo da instauração do inquérito policial, tendo aqui natureza jurídica de medida cautelar preparatória.

A Lei 9.296/96 dispõe sobre interceptações telefônicas de qualquer natureza. A comunicação estabelecida por meios ligados à informática (computador) e à telemática (misto de computador com meios de comunicação) é tutelada no parágrafo 1º do artigo inaugural da legislação ordinária, sendo consideradas por Nucci formas atualizadas e modernas de comunicações telefônicas .

A Lei das Interceptações é composta por 12 artigos, sendo que o seu principal objetivo é disciplinar a utilização da "interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal" e deve ser sempre precedida de "ordem do juiz

competente da ação principal”, conforme menciona o Art. 1º da referida Lei.

A Lei em vigor, no seu artigo 2º, trata de especificar em quais casos não é permitido o uso da Interceptação Telefônica, quais sejam, quando não houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, além de também mencionar o caso em que o fato investigado não constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

O parágrafo único do art. 3º informa que a situação objeto da investigação deve ser descrita com clareza, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade devidamente justificada.

O art. 4º é um dos mais importantes, estabelecendo os legitimados para o requerimento da Interceptação Telefônica: o juiz, de ofício, ou por requisição, da autoridade policial, na investigação criminal e pelo representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Outra situação que merece destaque é a descrita no parágrafo 1º do art. 4º, que menciona que excepcionalmente, o juiz pode aceitar o pedido seja formulado verbalmente, desde que os pressupostos que autorizem a Interceptação estejam presentes, e posterior redução a termo do pedido.

O juiz deve decidir sobre o pedido dentro de vinte e quatro horas, conforme podemos observar no § 2º do art. 4º, situação que muitas vezes não acontece na prática, devido aos tramites burocráticos o que em determinadas situações provocam danos irreparáveis a investigação policial.

O prazo concedido para execução da Interceptação Telefônica é de 15 dias, prorrogáveis por igual período, uma vez comprovada à indispensabilidade do meio de prova.

O art. 6º descreve, no seu par. 2º, que cumprida a diligência a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado contendo o resumo das operações realizadas. Vale comentar no caput do Art. 6º, o legislador afirma que o Ministério Público “poderá acompanhar a sua realização” (realização do procedimento de Interceptação).

Importante também deixar registrado que para preservar o sigilo das diligências, gravações e respectivas transcrições, todo o processo de Interceptação Telefônica é apensado aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, é o que determina o art. 8º.

Toda a gravação que não interessar a prova será inutilizada por decisão judicial e este incidente de inutilização será assistido pelo MP e também terá facultada a presença do acusado ou de seu representante legal, é o que preceitua o Art. 9º e o seu par único.

O art. 10 afirma que constitui crime realizar a interceptação ou quebrar o sigredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, e que o infrator desta norma poderá se sujeitar a uma pena de reclusão de dois a quatro anos e multa.

De uma forma mais geral, estes são os principais aspectos que mais interessam na atual legislação sobre interceptação telefônica que vem prescrito na Lei 9296/1996, que apesar de muitas críticas por parte de alguns doutrinadores, permitiu que os Estados, através de suas polícias judiciárias e dos Ministérios Públicos (Estaduais e Federal) obtivessem sucessos em desbaratar e prender vários criminosos e desarticular várias organizações criminosas com a utilização do procedimento de interceptação das comunicações telefônicas, autorizadas judicialmente.

4.2. A Interceptação Telefônica no Direito Comparado

4.2.1. A interceptação telefônica em Portugal

No direito português as nulidades das provas obtidas mediante afronta ao direito de proteção das comunicações encontra previsão em sede constitucional e infraconstitucional, sendo matéria também da lei processual portuguesa.

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, o mandado constitucional de proibição das provas que maculem o sigilo das comunicações telefônicas está contido no art. 32, sob o título Garantias de Processo Criminal, *in verbis*: “Artigo 32º 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, **abusiva intromissão** na vida privada, no domicílio, na correspondência ou **nas telecomunicações**”. (PORTUGAL, 1976, grifo nosso).

O Capítulo I do Título II, dos direitos, liberdades e garantias pessoais, da Constituição portuguesa assentou a garantia da inviolabilidade das telecomunicações, estabelecendo a ressalva legal de cunho processual, em seu art.

34, intitulado inviolabilidade do domicílio e da correspondência, *in verbis*: “Artigo 34º 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, **salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal**”. (PORTUGAL, 1976, grifo nosso).

No campo infraconstitucional, o ordenamento jurídico português trouxe previsão expressa da nulidade das provas obtidas com ofensa ao direito de proteção das telecomunicações, conforme o art. 126, intitulado métodos proibidos de prova, do Código de Processo Penal português de 1987, *in verbis*: “Art. 126º 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, **são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão** na vida privada, no domicílio, na correspondência ou **nas telecomunicações** sem o consentimento do respectivo titular”. (PORTUGAL, 1987, grifo nosso).

No Código de Processo Penal português vigente, em seu Livro III, Da prova, em seu Título III, Dos meios de obtenção da prova, no Capítulo IV, Das escutas telefônicas, estão dispostos no: artigo 187 que trata das disposições relativas à admissibilidade das interceptações das comunicações; no art. 188 que versa sobre as formalidades das operações; no art. 189 que dispõe sobre os aspectos de nulidades, tornando nulos todas as medidas de interceptação das comunicações que não observarem todos os requisitos e condições referidos nos artigos 187 e 188; e o art. 190, que prevê a aplicabilidade extensiva dos artigos citados aos outros meios de comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone. Este último, previsto no art. 188, denota a modernidade da técnica legislativa portuguesa, abrangendo os conceitos de transmissão telemática de comunicações, que englobam, por exemplo, os aplicativos de redes sociais.

No art. 187, determina que a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz, nos crimes com pena de prisão superior a três anos, relativa ao tráfico de drogas, armas, contrabando, injúrias cometidas ao telefone; e nos crimes de terrorismo, crime organizado, associações criminosas, crimes contra a paz e a humanidade, crimes contra a Segurança do Estado, falsificação de moeda e os crimes sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no processo SJ200801310048055 declarada a nulidade da escuta telefônica, não sobreveio o condão de ilicitude de prova contaminada da teoria dos frutos da árvore envenenada

nas buscas realizadas na investigação criminal:

[...] XII - Sobretudo quando [como no caso] a nulidade do meio utilizado (a **escuta telefónica**) radique não nos seus requisitos e condições de admissibilidade (art. 187.º) mas nos requisitos formais das correspondentes operações. Pois que, **sendo esta modalidade, ainda que igualmente proibida (art.s 126.1 e 3 e 189.º), menos agressiva do conteúdo essencial da garantia constitucional da inviolabilidade das telecomunicações** (art. 34.4 da Constituição), a optimização e a concordância prática dos interesses em conflito (inviolabilidade das comunicações telefónicas versus verdade material e punição dos culpados mediante sentenciamento criminal em virtude de lei anterior que declare punível a acção) **poderá reclamar a limitação – se submetida aos princípios da necessidade e da proporcionalidade – dos interesses individuais**, ainda que emanações de direitos fundamentais, que não contendam directamente com a garantia da dignidade da pessoa. [...] Ora, perante estes elementos de prova, não temos dúvidas de que **a investigação seria conduzida no sentido de ser efectuada busca à residência do arguido CMRS, mesmo que não tivessem sido realizadas as escutas declaradas nulas**. Deste modo, concluímos que o fruto (buscas realizadas e que visaram o recorrente CMRS) teria existido mesmo que a árvore envenenada (escutas telefónicas) não tivesse sido plantada, razão por que tal fruto não é atingido pelo veneno desta, **sendo válido como meio de prova**. (...) Assim, a prova em que o tribunal recorrido fundamentou a decisão recorrida não se encontra afectada pela declaração de nulidade de escutas telefónicas. (PORTUGAL, STJ, 2008).

4.2.2. A interceptação telefónica nos Estados Unidos

O primeiro caso jurídico relevante na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos a tratar sobre a validade da interceptação telefónica ocorreu em 1928 no famoso caso *Olmstead vs. US*, no qual foi condenado o réu Roy Olmstead por violar a Lei Nacional que proibia a posse, a venda e o transporte ilegal de álcool (contrabando). A condenação se deu com base em uma prova contundente alcançada a partir de uma interceptação telefónica ilegal através da qual agentes federais tiveram acesso ao conteúdo de conversas telefónicas grampeadas e obtidas sem autorização judicial, o que segundo a argumentação de Olmstead violaria as Emendas Constitucionais IV e V.

O juiz presidente do Tribunal William Howard Taft teve seu voto pela condenação seguido pela maioria, alegando em seu pronunciamento que a Interceptação Telefónica não corresponderia a uma medida de busca e apreensão na real acepção do procedimento investigatório, não havendo entrada nos domicílios dos acusados, sejam casas ou escritórios, não sendo os fios telefónicos parte dos

domicílios, e o equipamento de escuta telefônica tendo sido colocado nas ruas e no porão de um edifício de escritórios, portanto, não estaria abarcado pela proteção da Emenda IV.

Conforme destacam Kamisar, Lafave e Israel (1990) sobre a reprodução do entendimento jurídico predominante na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana no caso *Olmstead vs. US*, através do voto proferido por Taft:

[...] a proteção conferida pela IV Emenda em relação às busca e apreensões desarrazoadas referia-se somente ao lugar onde a busca se desenvolveria e às pessoas ou às coisas a serem apreendidas, **não podendo se estender, assim, à interceptação telefônica realizada sem invasão do domicílio dos réus**. Apesar desse ponto de vista ter sido acolhido pela Corte, por estreita maioria, os votos dissidentes proferidos pelos juízes Holmes e Brandeis frutificaram, especialmente pela obra anteriormente escrita por este último sobre a privacy com reflexos decisivos na legislação superveniente. (apud AVOLIO, 2015, p. 118-119, grifo nosso).

O experiente Juiz Oliver Wendell Holmes seguindo a dissidência aberta pelo Juiz Brandeis, contra seus pares no Tribunal, no seu voto divergente estabeleceu em suas argumentações uma linha de raciocínio assentada no mal menor desempenhado pelo Estado na figura da Justiça no tocante à proibição mandamental da utilização de provas obtidas por meio ilícito, não podendo ser obtidas de outra forma, restaria inalcançável o desejo estatal da punição aos réus ou passaria a posição de transgressor também o governo.

Trecho relevante do voto divergente do Juiz Holmes está transcrito na obra de Jésus Fernández Entralgo (1996, p. 71-72):

É na verdade desejável que os delinquentes resultem descobertos e que qualquer prova existente seja utilizada para tal fim, mas também é desejável que o Governo não se coloque no mesmo nível, e pague por outros delitos, nem que estes sejam os meios para obter a prova dos investigados inicialmente [...]. É necessário eleger e, ao que a mim concerne, prefiro que alguns delinquentes escapem a ação da justiça, de que o Governo desempenhe um papel indigno. (apud DEU, 2014, p. 5).

A lei norte-americana responsável por definir as regras para a concessão de interceptação telefônica é a *Public Law 90-351 – Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, aprovada em 1968 pelo Congresso dos Estados Unidos. Em seu Título III, denominado *Wiretapping and Electronic Surveillance*, em português escutas e vigilâncias eletrônicas, descreve inicialmente a necessidade de uma base uniforme de condições e circunstâncias para que a interceptação das comunicações por fio e

orais possam ser autorizadas, a proibição de qualquer interceptação não autorizada e a sua utilização nos tribunais e processos administrativos. Na *Sec. 801 do Title III* traz o resultado das constatações do Congresso norte-americano elencadas com base em estudos e investigações, entre as quais está a referência ao Crime Organizado, na alínea c, *in verbis*:

(c) O crime organizado faz ampla utilização das comunicações via fio ou orais em suas atividades criminosas. A interceptação de comunicações para obter provas da prática de crimes ou para impedir a sua consumação é uma contribuição essencial para a aplicação da lei e a administração da justiça. (ESTADOS UNIDOS, 1968, tradução nossa).

Na alínea d da seção 801 está a diretriz de que para a salvaguarda da privacidade das pessoas inocentes, a interceptação das comunicações, quando não permitida por nenhuma das partes, deverá ser autorizada por um tribunal de jurisdição competente, permanecendo sob o controle deste órgão jurisdicional, e só será admitida em certo tipo de crimes e infrações específicas com a garantia de que a medida será justificada e as informações não serão obtidas indevidamente.

No parágrafo § 2510 traz definições importantes sobre a *Public Law 90-351* utilizada para o regramento das interceptações das comunicações, entre as quais a definição de *intercept*, *in verbis*: “interceptar’, é a aquisição fonética dos conteúdos de qualquer comunicação via fio ou oral através do uso de qualquer dispositivo eletrônico, mecânico ou outro”. (ESTADOS UNIDOS, 1968, tradução nossa).

O parágrafo § 2511 cujo título é *Interception and disclosure of wire or oral communications prohibited*, traz as disposições sobre a interceptação ou divulgação do conteúdo de comunicações via cabo ou oral não autorizadas, incorrendo aquele que infringir tal dispositivo em prisão de até 5 anos, multa de até 10 mil dólares, ou em ambos.

As disposições acerca da autorização para a interceptação das comunicações está prevista no parágrafo § 2516 n. 1, *Authorization for interception of wire or oral communications*, segundo o qual o Procurador-Geral ou qualquer Procurador-Geral Adjunto especialmente designado pelo Procurador Geral, pode realizar um pedido a um juiz federal de jurisdição competente para que este conceda uma ordem de interceptação de comunicações via fio ou oral para o *Federal Bureau of Investigation*, ou qualquer agência federal, para a investigação a que tenha responsabilidade sobre determinados crimes elencados em suas alíneas, tais como:

crimes com pena de prisão superior a um ano, tráfico de drogas, homicídio, sequestro, roubo, extorsão, relativos à espionagem, sabotagem ou traição, corrupção de funcionários públicos, conspiração, entre outros. No n. 2 do parágrafo § 2516 está previsto o mesmo procedimento para os promotores públicos estaduais.

Os procedimentos para a interceptação das comunicações estão descritos no parágrafo § 2518, *Procedure for interception of wire or oral communications*. No n. 1 estão relacionados os requerimentos e declarações que devem acompanhar cada pedido, como a que relata se outros meios de investigação foram tentados ou porque o sucesso dos meios tradicionais é improvável ou o perigo causado; a declaração do tempo necessário para a manutenção da medida; a declaração das medidas anteriores relativas as mesmas pessoas e para quais autoridades foram requeridas e seus resultados; e se o pedido é de prorrogação da ordem ou o relatório sobre o resultados obtidos até o momento.

O n. 5 do parágrafo § 2518 trata do prazo da medida de interceptação das comunicações, o qual estipula o prazo temporal de 30 dias, conforme o corpo da lei trazida nos seguintes termos *in verbis*: “Nenhuma ordem inscrita nesta seção poderá autorizar ou aprovar a interceptação de qualquer comunicação por fio ou oral por qualquer período maior do que o necessário para atingir o objetivo da autorização, nem, em qualquer caso, superior a 30 dias”. (ESTADOS UNIDOS, 1968, tradução nossa).

A previsão da interceptação sem ordem judicial está impressa no n. 7 do parágrafo § 2518, segundo o qual qualquer investigador ou agente da lei especialmente designado pelo Procurador-Geral ou pelo Procurador-Chefe Estadual poderá em uma situação de emergência existentes com relação a atividades conspiratórias que ameacem o interesse da segurança nacional ou para atividades conspiratórias características do crime organizado requerer a interceptação das comunicações independente de ordem judicial que a autorize. Porém, o pedido de autorização dever ser realizado no prazo de 48 horas após o início da interceptação, caso contrário, a mesma se encerrará automaticamente. Em caso de encerramento da interceptação pelo motivo da não solicitação ou da negativa do pedido de autorização, todo o seu conteúdo será tratado como violação ao disposto no capítulo 119 da lei.

A doutrina criticou a necessidade e utilidade do Título III *Wiretapping and Electronic Surveillance* estabelecendo regras para a interceptação das

comunicações via fio ou oral. Seguindo essa linha, segundo Goldsmith (1977):

[...] antes da promulgação da Lei de 1968 o presidente da Comissão sobre o Crime observava que os meios de prova tradicionais não surtiam efeito contra o crime organizado, e se procurava ilustrar as virtudes da interceptação telefônica com referências a bem sucedidas perseguições criminais que não seriam possíveis sem esses recursos eletrônicos. Em Nova York, por exemplo, as interceptações vinham sendo realizadas há mais de duas décadas, com bons resultados contra o crime organizado. (apud AVOLIO, 2015, p. 122, grifo nosso).

No início do Século XXI, a política dos Estados Unidos para espionagem e escutas clandestinas para monitorar civis estrangeiros e cidadãos norte-americanos tomou grande proporção após o mais conhecido atentado terrorista no mundo, ocorrido em 11 de setembro de 2001, realizado pela organização fundamentalista *al-Qaeda*. Integrantes desse grupo radical sequestraram quatro aviões comerciais e chocaram as aeronaves contra alvos como o Pentágono, sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, e contra as Torres Gêmeas do empresarial *World Trade Center*.

Em 2002, veio à tona informações acerca de um programa do Pentágono intitulado *Total Information Awareness – TIA*, em português Conhecimento Total da Informação, posteriormente chamado de *Terrorism Information Awareness*, responsável por processos de *data mining* ou mineração de dados responsável por monitorar uma quantidade maciça de dados de fontes públicas e privadas com recursos computacionais de inteligência artificial para realizar cruzamentos e estabelecer mecanismos de detecção e prevenção de ameaças terroristas à segurança nacional.

Em 2003 o sistema foi desativado, mas em 2006 agências de notícias deram a informação de que o sistema teria sido migrado para a *National Security Agency – NSA*, Agência de Segurança Nacional, principal e mais poderoso órgão de inteligência dos Estados Unidos, responsável pela Signal Intelligence – SIGINT, Inteligência de Sinais, que significa a coleta, monitoração e processamento de informações de inteligência e contra-inteligência estrangeira através da interceptação de sinais de comunicação, tais como a de satélites, internet e telefonia.

O caso de repercussão mundial de espionagem do governo norte-americano ocorrido em 2013, quando um ex-agente da NSA e da Central Intelligence Agency

(CIA) – Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos –, Edward Snowden, divulgou documentos confidenciais denunciando em entrevista ao jornalista norte-americano Glenn Greenwald, publicada pelo jornal britânico *The Guardian*, a existência de um grande programa de vigilância global com a cooperação de grandes empresas de telecomunicações.

A revelação dos documentos de inteligência repercutiu nos governos dos países europeus, como na Alemanha, onde as comunicações da chanceler Angela Merkel teriam sido espionadas. Na França, após matéria de 21 de outubro de 2013 do jornal *Le Monde* (FOLLOROU, 2013) trazer em destaque que o país estava na mira da NSA e as redes de telefonia estavam sob vigilância da agência norte-americana. Os gráficos de monitoração diziam que o montante diário de dados interceptados na França era de 3 a 7 milhões entre 24 de dezembro de 2012 e 07 de janeiro de 2013, e em 30 dias chegaram a 70,3 milhões de gravações de dados dos cidadãos franceses realizadas pela NSA. A matéria do jornal francês termina com a informação de que entre fevereiro e março de 2013 foram recolhidos em todo o mundo 124,8 bilhões de itens de dados telefônicos e 97,1 bilhões de dados de computadores, e finaliza informando que na Europa, apenas a Alemanha e o Reino Unido possui um número maior de interceptações de sinais.

No Brasil, houve uma grande repercussão negativa sobre as revelações das espionagens globais desencadeadas pelo programa da agência de segurança nacional do governo norte-americano NSA, através do qual teria sido vítima a Presidente Dilma Rousseff, tendo sido monitorados *emails* e chamadas telefônicas do gabinete presidencial, causando revolta na cúpula do governo federal em Brasília.

A Presidente Dilma Rousseff, segundo notícia do sítio da BBC Brasil (UCHOA, 2013), em discurso no palanque da Assembleia Geral da ONU afirmou que a espionagem realizada pela Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos representa uma violação dos direitos humanos e um desrespeito às soberanias nacionais. Segundo a matéria da BBC Brasil em trecho do seu discurso a presidente disse que não se sustenta a justificativa de que as interceptações ilegais servem de proteção contra atos terroristas, e defende a posição de não se poder transformar as informações provenientes das tecnologias de telecomunicações em um espaço de guerra e que o momento é de coibir a realização de espionagem e sabotagem aos sistemas dos países soberanos.

Em matéria *online* da agência Reuters Brasil (WINTER, 2013) trouxe no título que Dilma mira empresas de Internet após espionagem dos EUA, apoiando uma nova legislação na qual buscaria forçar empresas como a *Google* e *Facebook* armazenarem dados dos usuários brasileiros em servidores localizados no território nacional. Alguns países europeus já exigem que dados sensíveis de seus cidadãos sejam armazenados localmente, e empresas como a *Microsoft*, *Amazon* e outras provedoras de serviços já possuam centros de dados nesses países. O texto traz destaque ao Marco Civil da Internet como uma lei fundamental para regular os direitos dos usuários *online* e estabelecer regras de armazenamento dos dados dos usuários em redes sociais.

4.2.3. A interceptação telefônica na Itália

A inviolabilidade das comunicações no direito italiano está prevista na Constituição da República Italiana de 1947, na Parte I, intitulado Direitos e Deveres dos Cidadãos, onde estão elencados os direitos civis, em especial as liberdades individuais, dentre as quais estão as inviolabilidades de domicílio e das correspondências, este último consagrado em seu art. 15, *in verbis*: “A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. A sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, sendo mantidas as garantias estabelecidas pela lei”. (ITÁLIA, 1947, tradução nossa).

O Código de Processo Penal italiano de 1913 já trazia em seu corpo a disciplina da interceptação de comunicações, posteriormente foi substituído pelo Código Rocco, Código de Processo Penal de 1930, passando a tratar de novas tecnologias, como as comunicações transmitidas por ondas guiadas. O Código Rocco de 1930 possuía disposição em seu art. 226, que tratava da interceptação, autorizando à polícia judiciária proceder com interceptações independente de autorização judicial. Claramente em dissonância com a Constituição de 1947, infringindo o art. 15, o princípio da inviolabilidade das comunicações, o art. 226 precisou se adequar ao novo ordenamento constitucional italiano.

Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini (1976, p. 280 e ss.):

No sentido de adequar essas normas aos princípios da Constituição, adveio a Lei 517, de 18.06.1955, que modificou a redação dos citados arts. 226 e 339 do Código Rocco, estabelecendo a necessidade de, em qualquer caso, serem as interceptações autorizadas por determinação motivada da autoridade judiciária. Restava regulamentar, contudo, as 'garantias previstas pela lei' a que se referia o art. 15 da Constituição. (apud VOLIO, 2015, p. 128).

Na Sentença 34/73-A da Corte Constitucional da República Italiana, em via incidental, datado de 06 de abril de 1973, foi interpretado o art. 15 da Constituição, que trata da inviolabilidade das comunicações com a necessidade de prevenir e punir crimes, regulamentando em sede constitucional a necessidade de autorização judicial para a medida de interceptação:

O artigo 15 da Constituição não se limita a anunciar a inviolabilidade da liberdade e o sigilo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação (primeiro parágrafo), mas também deixa claro que a sua limitação pode ser alcançado apenas por um mandado de autoridade judicial com as garantias estabelecidas pela lei: o presente preceito constitucional, encontra proteção tanto no interesse inerente à liberdade e sigilo das comunicações, reconhecido na inviolabilidade dos direitos da personalidade definidos pelo art. 2 da constituição, quanto no interesses relacionados com a necessidade de prevenir e punir os crimes. Ao analisar o pedido de autorização de medidas de interceptação o juiz deve proceder com cuidado devendo equilibrar os dois interesses constitucionalmente protegidos, a fim de evitar que o direito à privacidade das comunicações possa ser desproporcionalmente sacrificada pela necessidade de repressão eficaz das infracções penais [...]. (ITÁLIA, Corte Constitucional, 1973, tradução nossa).

Na Sentença 34/73-B, sobre alteração do art. 226 do Código de Processo Penal de 1930, modificado pela lei nº 517 de 1955, a Corte Constitucional decidiu que a redação dada pelo legislador tem o objetivo de harmonizar com as disposições do art. 15 da Constituição, reconhecendo aos oficiais da polícia judiciária, na fase preliminares da investigação, o direito de realizar interceptação telefônica desde que com a devida autorização em decisão motivada da autoridade judicial. Consagrou então, a compreensão de que a interceptação permanece confiada ao órgão de polícia, a qual cabe executá-la, porém deve ser levada a cabo sob a supervisão direta do tribunal, uma vez que a lei reconhece ao juiz o poder de ordenar a referida medida de intervenção nos direitos individuais do cidadão.

Somente a partir do Código de Processo Penal atualmente vigente, de 1988, passou-se a regular as interceptações de forma genérica, abrangendo todas as formas de comunicação, o legislador disciplinou no artigo 266 e seguintes três tipos

ou formas de interceptação: as telefônicas, em que as comunicações ocorrem através do telefone ou outras formas de telecomunicação; as de comunicações entre pessoas presentes, também conhecida como interceptação ambiental; e as de comunicações informáticas ou telemáticas, esta última a combinação de comunicação informática (redes de computadores, *softwares*, *internet*) com telecomunicações (satélite, fibra ótica, telefonia).

Segundo a lição de Luigi Grilli:

[...] o instituto da interceptação nasce com referência a conversação telefônica (arts. 170 e 238 do Código de 1913) e estende-se, com a evolução da tecnologia, a outras formas de comunicação à distância, como o telégrafo ou feita conectados por fio ou onda guiada (art. 226 do código de 1930), para alcançar uma fórmula genérica de todas as formas de telecomunicações (art. 266, par. 1, Código de Processo Penal em vigor), e, portanto, também a transmissão por telex, fax e instrumentos de registros visuais, e, em geral (art. 266 do CPP) todas as formas de telecomunicações por meio de sistemas informáticos e de telemáticos. O que é importante observar é que no segundo parágrafo do art.266 do CPP o legislador especificou a possibilidade de interceptar até mesmo "comunicações entre presentes". (GRILLI, 2009, p. 572, tradução nossa).

Em 8 de abril de 1974 o Parlamento italiano aprova a Lei n. 98, *Tutela della riservatezza e della liberta' e segretezza delle comunicazioni*, tutelando a privacidade, da liberdade e o sigilo das comunicações, através da qual foram alterados diversos artigos do Código Penal italiano, ao tipificar várias condutas como crime: no art. 1, que altera o art. 615 do Código Penal, a interferência ilegal na vida privada, utilizando-se de equipamentos tecnológicos que possam obter imagens ou sons, como câmeras fotográficas, gravadores de áudio ou filmadoras, fornecer indevidamente notícias ou imagens sobre a vida privada desenvolvida em domicílio ou local análogo; no art. 2, que altera o art. 617, a interrupção de ou impedimento ilegal de comunicações telefônicas; no art. 3, que altera o art. 617, a instalação, exceto nos casos permitidos em lei, de equipamentos de interceptação de comunicações, e a falsificação ou alteração no conteúdo de conversas ou comunicações telefônicas; e no art. 4, que altera o art. 623, inserindo que as disposições aplicam-se também a qualquer outra transmissão de som, imagens ou outra conexão de dados feitas com fio ou onda guiada.

O art. 5 da Lei n. 98 alterou o art. 226 do Código de Processo Penal italiano de 1930, entre elas a que condiciona o cabimento da interceptação a certos tipos de infrações, *in verbis*:

Art. 226-2. Sujeito à aprovação do juiz, os oficiais da polícia judiciária, no âmbito das funções que lhes são atribuídas pelo artigo 219, pode impedir, interromper ou interceptar comunicações ou conversas telefônicas ou telegráficas apenas no caso de investigações relacionadas com as seguintes infrações:

- 1) crimes dolosos punidos com pena superior, no total, a cinco anos de prisão;
- 2) infrações envolvendo drogas;
- 3) infrações relacionadas com armas e explosivos;
- 4) crimes de contrabando;
- 5) crimes de abuso, ameaças, assédio e perturbação à pessoa por meio do telefone. (ITÁLIA, 1974, tradução nossa).

Na criação do art. 226-3 do Código de Processo Penal italiano, a lei n. 98 traz normas relacionada à autorização para o impedimento, interrupção ou interceptação de comunicações ou conversas, devendo o decreto de autorização ser concedido somente quando existir séria e concreta evidência de crime, ou quando as provas não puderem ser obtidas de outra forma. O decreto de autorização deve indicar o modo e a duração da interceptação, **não podendo exceder quinze dias, podendo este prazo ser prorrogado apenas duas vezes**, por períodos sucessivos de duas semanas, devidamente justificados.

As demais alterações legislativas do Código de Processo Penal de 1930, advindas da lei n. 98, na lição de Grinover (1976, p. 282 e ss.):

(d) à documentação, com lavratura de auto e remessa das gravações à autoridade judiciária; à intimação dos defensores para que possam examinar os autos e gravações; à triagem das gravações e termos, com destruição dos originais e transcrições onde houver nulidade ou impertinência à instrução; à utilização como provas das notícias obtidas das gravações exclusivamente no processo para o qual foram colhidas; (e) à cominação de nulidade – absoluta e insanável – da prova obtida por meio de interceptações ilegais. Excluía-se da disciplina das interceptações a de conversas entre presentes, e a gravação de telefonemas próprios, a que a moderna doutrina denomina, respectivamente, interceptações ambientais e gravações clandestinas. (apud AVOLIO, 2015, p. 129).

O art. 226-5, *Divieto di utilizzazione delle intercettazioni illecite*, do Código de Processo Penal de 1930, adicionado pela Lei n.98, produto da regulamentação das garantias constitucionais do art. 15, parte final, enuncia a nulidade advinda da proibição da utilização de interceptações ilegais, *in verbis*: “Sob pena de nulidade incurável declarada de ofício em qualquer fase e grau do processo, não se pode ter em conta interceptações realizadas fora dos casos permitidos em lei, bem como ausentes os requisitos nela estabelecidos [...]”. (ITÁLIA, 1974, tradução nossa).

Posteriormente, com o advento do novo Código de Processo Penal italiano,

de 1988, a lei das interceptações foi absorvida pelo novo estatuto, resultando no *Capo IV - Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, do *Titolo III - Mezzi di ricerca della Prova*. A interceptação das comunicações como meio de investigação da prova, prevista nos artigos 266 a 271, é produto da Lei n. 98 combinada com diversas alterações legais fruto da evolução do pensamento do legislador, como a previsão das interceptações das comunicações entre presentes ou interceptação ambiental.

No art. 267-2 existe a previsão, assim como no direito norte-americano, do provimento da interceptação independentemente de autorização judicial, em casos de urgência:

2. Em casos urgentes, quando há razão para acreditar que o atraso seja susceptível de causar danos graves para a investigação, o promotor poderá proceder à interceptação, por decisão fundamentada, devendo ser comunicado imediatamente, ou no prazo máximo de vinte e quatro horas, ao Juiz, que no prazo de quarenta e oito horas decidirá sobre a validação do procedimento de interceptação, por decisão fundamentada. Se o decreto do Ministério Público não for validado no prazo fixado, a interceptação não poderá ser continuada e os seus resultados não poderão ser utilizados. (ITÁLIA, 1988, tradução nossa).

O art. 268-1 que trata da execução das medidas de interceptação prevê que as comunicações serão armazenadas e reduzidas a termo (transcritas), e em seu num. 3, estabelece que as operações devem ser realizadas exclusivamente por meio de equipamentos instalados no Ministério Público. No entanto, quando tais instalações forem insuficientes ou inadequadas, e existirem razões excepcionais de urgência, o Promotor poderá, por razões justificadas, utilizar as instalações disponíveis para a polícia.

A *inutilizzabilità especial* prevista na norma processual italiana como uma restrição ao princípio do livre convencimento do Juiz através da proibição da admissibilidade e avaliação da prova no processo, é uma violação a uma regra concreta de obtenção de prova. A *inutilizzabilità especial* na legislação vigente sobre a matéria da interceptação telefônica está disposta no art. 271, tratando da proibição da utilização da medida, *in verbis*:

Art. 271. Proibição de utilização

1. Os resultados da interceptação não podem utilizados nos casos em que forem realizadas sem observância aos casos permitidos por lei ou às disposições dos artigos 267 e 268 parágrafos 1 e 3.

[...]

3. Em qualquer fase do processo, o juiz deve solicitar a documentação da

intercepção para ser destruída, exceto se constituem elementos de prova material. (ITÁLIA, 1988, tradução nossa).

4.2.4. A interceptação telefônica na Alemanha

Antes da modificação em 1968 do Código de Processo Penal alemão de 1950, a inviolabilidade das comunicações era considerado um direito absoluto, portanto, a interceptação das comunicações violava diretamente a norma constitucional e, conseqüentemente, gerava a sua inadmissibilidade no processo penal alemão. Após a reforma do *Strafprozessordnung* ocorrida em 1968 foi alterada a Seção 8 passando a integrar em seu título a Interceptação Telefônica, tendo sido introduzidos os artigos § 100a *Telekommunikationsüberwachung* e § 100b *Verfahren bei der Telekommunikationsüberwachung*, que tratam sobre a monitoração das telecomunicações e o procedimento para a monitoração das telecomunicações, respectivamente.

No § 100a (2) estão relacionadas de forma taxativa as infrações nas quais é permitida a utilização da medida de interceptação telefônica, entre elas, os crimes: que ponham em risco o Estado Democrático de Direito e a Segurança Nacional; corrupção de funcionários públicos; contra a ordem pública; de assassinato; de pornografia infantil; de violência sexual; de roubo e extorsão; lavagem de dinheiro; de tráfico de drogas; de genocídios; contra a humanidade; e crimes de guerra.

Os procedimentos para a interceptação telefônica estão previstos no § 100b, entre eles os que estabelecem as autoridades responsáveis pela ordem de implementação, o caráter de excepcionalidade em casos específicos e o prazos estipulados para duração e prorrogação da medida de restrição ao direito de inviolabilidade das comunicações.

O (1) § 100b estabelece que a interceptação telefônica poderá ser ordenada pelo tribunal apenas a pedido do Ministério Público. Em situações de urgência, a ordem de interceptação poderá ser feita diretamente pelo promotor, que deverá comunicar ao Juiz, no prazo de três dias úteis, que deverá homologar a medida ou torná-la sem efeito. A ordem de interceptação telefônica deve ter um prazo de duração limitada a no máximo de três meses. Uma prorrogação não superior a três meses deve ser permitida quando persistirem as condições iniciais, levando em consideração os resultados obtidos na primeira medida.

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, traz em seu art. 1º (1) a intangibilidade da dignidade da pessoa humana, seguido do (2) que traz a previsão expressa do compromisso do povo alemão em reconhecer os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana. No art. 2º, prevê à inviolabilidade dos direitos de liberdade, somente podendo serem restringidos em virtude de disposição legal.

A garantia da inviolabilidade das comunicações, relacionado direito aos direitos de liberdade, está consagrada no art. 10 da Lei Fundamental de Bonn, *in verbis*:

Artigo 10

Sigilo da correspondência, da comunicação postal e da telecomunicação

(1) O sigilo da correspondência, assim como das comunicações postais e da telecomunicação é inviolável.

(2) Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo. (ALEMANHA, 1949).

O n. (2) do art. 10 atualmente vigente é resultado de uma Emenda à Lei Fundamental que conferiu ao Parlamento Alemão *Deutscher Bundestag* o poder de editar norma de lei que regulamente a restrição ao direito fundamental de privacidade de correspondência, correios e telecomunicações. A Lei que restringe o art. 10 da Lei Fundamental de Bonn autoriza a interceptação e monitoração das telecomunicações realizadas pelas autoridades de proteção constitucional dos governos federal e estadual, Serviço de Inteligência Federal e Contra-inteligência Militar, independentemente de ordem judicial, repassando o controle e fiscalização destas medidas de intervenção das comunicações a uma Comissão Especial intitulada G-10, formada por membros nomeados por uma Comissão Parlamentar de Controle, após consulta ao Governo Federal.

Na lição de Ada Pellegrini (1976, p. 274 e ss.):

Interessante anotar o controle exercido por um órgão do Legislativo sobre as interceptações telefônicas. As interceptações são realizadas pelos serviços secretos ou de informação alemães, que podem ser divididos em três grupos, todos sujeitos ao controle exercido por uma comissão parlamentar, como previsto na Lei Fundamental. O primeiro deles, chamado “Serviço de Proteção da Constituição”, ocupa-se, sobretudo, de informações

internas, infiltrando-se em grupos extremistas. Sua nova tarefa é investigar grupos direitistas e neonazistas na extinta Alemanha Oriental. O serviço de espionagem externa e de informações políticas é o Serviço Federal de Informações, conhecido pela sigla BND. As Forças Armadas alemãs também dispõem de um serviço de informações privativo, o Serviço de Proteção Militar, conhecido pela sigla MAD, com competências mais reduzidas. A comissão parlamentar encarregada do controle dos serviços de informação é a única que pode autorizar escutas e interceptações telefônicas e de correspondência, e violação de domicílios. (apud AVOLIO, 2015, p. 127).

4.2.5. A interceptação telefônica na Espanha

O Capítulo segundo, *Derechos y libertades* do Título I, *De los derechos y deberes fundamentales*, da *Constitución Española* de 1978, na *Sección 1.ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, traz em seu art. 18, parágrafo 1, o direito à honra, à privacidade pessoal e familiar e à imagem, enunciando três direitos autônomos, mas intimamente interligados, pois se traduzem no patrimônio moral imaterial das pessoas, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana. O parágrafo 3 do art. 18 anuncia o direito ao sigilo das comunicações, *in verbis*: “É assegurado o sigilo das comunicações, especialmente as postais, telegráficas e telefônicas, salvo decisão judicial”. (ESPANHA, 1978, tradução nossa).

Embora o artigo apenas 18.3 da Constituição Espanhola mencione apenas as comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, dado o caráter aberto do enunciado, pode ser entendido incluindo outros tipos de comunicações como e-mail, bate-papos ou outros meios, desde que se realizem através de algum dispositivo técnico ou instrumental, pois a presença de um elemento estranho àquele responsável pelo processo de comunicação é essencial para definir a ilicitude do preceito constitucional, caso contrário, a quebra do sigilo por uma das partes não violaria o artigo 18, mas sim o direito à privacidade. (ESPANHA, STC, 1984, tradução nossa).

A Constituição Espanhola foi uma das pioneiras na proteção aos dados frente ao uso da tecnologia da informação segundo o perigo do uso ilimitado da informática, a qual foi inspirada na Constituição Portuguesa, que consagrou esta proteção dois anos antes em sua Carta Magna. A primeira interpretação levou a considerar este direito como uma ampliação do direito à privacidade, mas o Tribunal

Constitucional interpretou que é um direito autônomo, embora, intimamente relacionado com este direito da personalidade. Esta garantia está prevista no art. 18.4 da Constituição Espanhola, *in verbis*: “A lei vai limitar o uso da tecnologia da informação para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos”. (ESPANHA, 1978, tradução nossa).

O art. 55.2, *De la suspensión de los derechos y libertades*, estabelece que uma Lei Orgânica deverá determinar o modo e as circunstâncias em que, individualmente e com a intervenção judicial necessária e o controle parlamentar, os direitos fundamentais e liberdades públicas previstos nos artigos 17.2 e 18, parágrafos 2 e 3, poderão ser suspensos para pessoas específicas que tenham relação com atividades de grupos armados ou terroristas.

A Lei Orgânica 4, de 25 de maio de 1988, de reforma da Lei de Processo Criminal espanhola alterou o art. 579, estabelecendo a regra de admissibilidade da interceptação de comunicações, em seu art. 579.1, mediante decisão fundamentada do Juiz, se houver indícios de que a descoberta de provas ou de qualquer fato ou circunstância do caso, puderem ser alcançadas por este meio de obtenção, nos crimes dolosos punidos com pena de prisão máxima igual ou superior a três anos, crimes cometidos por organizações criminosas ou crimes de terrorismo.

O art. 579.2 passou a ter redação com a previsão da duração da interceptação, enunciando que o juiz poderá decidir, mediante decisão fundamentada, por um período de até três meses, renovável por períodos inferiores ou iguais, até o máximo de dezoito meses, a observação das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas do investigado, bem como as comunicações das pessoas que sirvam para a realização de suas finalidades criminosas.

No art. 579.3, está expressa a previsão, assim como no direito norte-americano, da autorização da medida em caso de urgência, independente de autorização judicial, para os casos de investigações para a apuração de crimes relacionados com atividade de grupos armados ou terrorista, cabendo ao Ministro do Interior ou, na falta deste, ao Secretário de Estado da Segurança decretar a ordem de interceptação. Esta medida deve ser comunicada imediatamente ao tribunal competente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, expondo os motivos que justificaram a sua adoção, a forma como foi realizada e o seu resultado. O tribunal competente, fundamentadamente, revogará ou confirmará a medida num prazo máximo de setenta e duas horas.

Em todas as questões relacionadas com as comunicações telefônicas, tem sido jurisprudência chave desenvolvida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH, tendo realçado a necessidade de interceptação mediante previsão legal, resultando acessíveis aos litigantes e previsível e necessário em um sociedade democrática, além da exigência de proporcionalidade. O TEDH também concentrou-se em esclarecer que a interceptação das comunicações está sujeita a um controle em três etapas: quando solicitada, enquanto realizada ou quando tiver cessada.

5. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de abordagem adotado foi pesquisa qualitativa, conforme a lição de Goldenberg (1997, p. 34): “A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc”.

Quanto à finalidade foi a pesquisa pura, com vistas em adquirir o conhecimento científico.

Quanto ao objeto foi utilizada a metodologia de pesquisa descritiva.

Quanto aos procedimentos a pesquisa utilizada foi a bibliográfica, segundo Fonseca:

[...] é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. (FONSECA, 2002, p. 32).

Foram utilizados como suporte teórico a legislação e doutrina estrangeira, com base na Constituição, no Código de Processo Penal e na legislação infraconstitucional de países da União Européia, dos Estados Unidos e do Brasil, além de diversas obras de doutrinadores da área como “A prova ilícita”, de Armenta Deu; “Provas Ilícitas”, de Avolio e “Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas”, de Grinover.

6. RESULTADOS OBTIDOS E ANÁLISE

As diferentes teorias e sistemas jurídicos adotados pelos diversos países abordados neste trabalho deixa clara a complexidade na análise sobre o tema das provas ilícitas, contudo o objetivo não foi unificar conceitos, mas contribuir para a construção da linha de evolução do instituto da prova ilícita e do cenário atual no qual está inserido o Brasil, importantes nações da União Européia e os Estados Unidos, através do estudo comparado para explicitar esta enriquecedora variedade de perspectivas e abordagens que evidenciaram a importância do momento sócio-político mundial nas definições normativas, nas jurisprudências dos tribunais superiores, nos ordenamentos jurídicos constitucionais e na codificação processual penal.

Os diversos regimes jurídicos nos países estudados podem ser divididos: os apresentam o regime de proibição probatória expressamente previstos nas suas Constituições (Brasil e Portugal); os que adotam a previsão da ilicitude probatória na legislação processual com incorporação de regras de exclusão no Código de Processo Penal (Alemanha) ou em leis orgânicas (Espanha); e aqueles em que adotaram a jurisprudência dos Tribunais através da análise de casos concretos para (Estados Unidos).

Nos países cujos ordenamentos processuais penais passaram por reformas, sobretudo no final do século XX, agregaram um especial tratamento às provas ilícitas, com mudanças importantes os novos regramentos trouxeram previsões expressas e incorporação de regras de exclusão. Naquelas nações que não tiveram reformas nos seus códigos processuais, em sua maioria, permanecem dando o tratamento de nulidade às provas ilícitas.

Os Estados Unidos como principal modelo influenciador na doutrina mundial das provas ilícitas tem afastado as regras de exclusão (*exclusionary rules*) através da jurisprudência da Suprema Corte, substituindo pela esfera de responsabilidade civil, baseado na profissionalização das forças de segurança estatal, prescindindo das regras de exclusão como um custo tolerável.

O aspecto político-histórico impede a unicidade no tratamento da prova ilícita, qualquer discussão jurídica esbarra na doutrina como reflexo às teorias que ao tempo podem parecer de extremo garantismo ou de propícias à impunidade

desregrada.

A legislação da Interceptação Telefônica nos Estados Unidos, Alemanha e Espanha tem previsão expressa importante no sentido de permitir a implementação da medida independente de ordem judicial, em casos de urgência, devendo ser realizada a comunicação posterior ao Juízo competente, sob pena de anulação. No Brasil essa previsão não consta da lei que regulamentou a interceptação telefônica, também não existe jurisprudência nesse sentido.

No quadro 1 é apresentado o cenário comparativo do tema da interceptação telefônica conforme o resultado do estudo desenvolvido relacionando diversos aspectos e matérias sobre a execução da medida de restrição e estabelecendo o caráter diferencial dos modelos implementados nos países pesquisados.

QUADRO 1 – COMPARATIVO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

País	Regulamentação	Autorização judicial	Exceção de autorização judicial	Pena	Prazo
Brasil	Lei 9.296 de 1996	Sim	Não	Exceto em pena de detenção	15 dias, prorrogável por igual período
EUA	Public Law 90-351 de 1968	Sim	Sim, em casos de emergência	Superior a 01 ano	30 dias
Alemanha	CPP de 1950 c/ alteração de 1968	Sim	Sim, em casos de urgência	Previsão Taxativa	03 meses, com 01 prorrogação de até 03 meses
Itália	CPP de 1988	Sim	Sim, em casos de urgência	Superior a 05 anos	15 dias, com 02 prorrogações de 02 semanas
Espanha	Lei Orgânica n°4 de 1988	Sim	Sim, em casos de urgência	Igual ou superior a 03 anos	03 meses, com prorrogações de até 03 meses, com total de até 18 meses
Portugal	CPP de 1987	Sim	Não	Superior a 03 anos	-

FONTE: O autor (2016).

Os prazos de duração da medida de Interceptação Telefônica variam de acordo com os países estudados:

- a) Nos Estados Unidos não pode exceder 30 dias;
- b) Na Itália, o prazo é de 15 dias, prorrogados por apenas duas vezes, por períodos sucessivos de duas semanas;
- c) Na Alemanha, o prazo de duração é de até 3 meses, com uma prorrogação não superior a 3 meses; e
- d) Na Espanha, a interceptação tem prazo de duração de até 3 meses, renováveis por períodos iguais ou menores, não pode no todo superar os 18 meses.

Os Estados Unidos infringem regras de direito internacional, sobretudo na violação à soberania das nações estabelecendo um regime de monitoração das comunicações mundias externas ao território norte-americano, alegando os benefícios da preservação da segurança dos países violados e da neutralização de ameaças terroristas por todo o mundo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas ilícitas em sentido estrito violam as próprias liberdades públicas e os direitos da personalidade inseridos nas normas ou nos princípios colocados na Constituição e nas leis, como, por exemplo, a inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI, CF), o sigilo das comunicações (art. 5.º, XII, CF), a proibição da tortura ou maus tratos (art. 5.º, III, CF) etc.

Hodiernamente, a temática das provas ilícitas ostenta status de uma discussão constitucional, visto que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no inc. LVI do art. 5.º, o preceito segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”.

Nessa perspectiva, a vedação às provas ilícitas representa uma limitação à atividade cognitiva do Juiz ditada pelo interesse da sociedade em resguardar os direitos individuais, mormente os relativos à intimidade, em sacrifício da ampla perquirição da verdade, sobretudo a material.

A Constituição Federal colocou a questão da inadmissibilidade no processo das provas ilícitas em termos, aparentemente, absolutos. Logo, transferiu-se à doutrina e à jurisprudência o encargo de compatibilizar os interesses contrapostos decorrentes do binômio segurança social - liberdades públicas individuais.

Embora claramente baseado na regra americana do exclusionary rule, que

normalmente só se aplica no campo penal e, ainda assim, somente contra a autoridade pública, esse preceito constitucional encerra regra aparentemente absoluta, no sentido de proibir a admissão de toda e qualquer prova ilícita, seja ela produzida por autoridade ou particular em processo penal ou não. Diz-se "aparentemente" porque nenhum direito pode ser entendido como absoluto, havendo sempre limites imanentes derivados da convivência com outros direitos de igual estatura ou das "justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática" (art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Assim, com o advento do novo regime constitucional inaugurado após a Carta Magna de 1988, o STF consolidou, definitivamente, sua oposição à admissibilidade das provas ilicitamente colhidas.

Em relação à admissibilidade das provas ilícitas pro reo, o STF tem posição pacífica no sentido de que na ocorrência desse tipo de prova há a exclusão da ilicitude por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.

Assim, no tocante à aplicação do princípio da proporcionalidade à matéria probatória, o Colendo Tribunal somente tem acatado as provas ilícitas pro reo.

Além da demonstração de algo atinente a determinado processo, a prova também possui uma finalidade social; Desde que legais e morais, qualquer meio para obtenção de provas estarão aptos a demonstrar os fatos; Tendo em vista que o direito à prova não é absoluto, somente as obtidas por meios lícitos, poderão ser utilizadas no processo; Via de regra, as provas ilícitas são inadmissíveis do direito processual penal, porém, podem ser utilizadas, dependendo do contexto, através da teoria da proporcionalidade; Apesar de ter a intimidade protegida segundo preceitos constitucionais, é uma questão tormentosa e ao mesmo tempo polêmica a interceptação de comunicações telefônicas, de informática e de telemática.

A preservação dos sigilos e da fonte, apesar de ser protegido pela norma constitucional, poderá ser violado quando houver interesse público relevante, pertinentes à lei, garantindo a não violação das garantias constitucionais.

Se apesar da vedação à admissão processual das provas ilícitas, as mesmas vierem a ser produzidas e valoradas, este problema não se resolve dentro dos estreitos balizamentos das normas processuais, pois nesse caso, trata-se de atipicidade constitucional, considerando que as provas obtidas ilicitamente sempre estão a aferir algum preceito constitucional que se traduz em norma de garantia.

Assim impõe-se como consequência da atipicidade constitucional, a total ineficácia jurídica das provas ilícitas que ingressarem no processo. Se a prova ilícita tiver sido admitida no primeiro grau de jurisdição, caberá ao tribunal em grau de recurso desconsiderá-la; não ocorrendo, na hipótese, supressão de um grau de jurisdição, uma vez que a questão controvertida foi objeto de apreciação no juízo a quo.

Percebe que a alteração da Lei 9296/1996 que regulamenta atualmente o procedimento de interceptação das comunicações telefônicas, se faz urgente e necessária, porque em alguns pontos já está bastante ultrapassada, como por exemplos, em não permitir a utilização de tal procedimento em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, aqueles apenados com detenção, tais como o crime de ameaça, estelionato ou extorsão por meio de telefone, ou quando estabelece um prazo de 15 dias de interceptação, prorrogáveis por iguais períodos, que é um prazo muito curto, tanto para a investigação policial e respectiva produção do relatório circunstanciado, quanto para a instrução processual penal, pois pode proporcionar uma desnecessária aceleração de procedimentos.

É indiscutível a importância da preservação dos direitos fundamentais, contudo no cenário atual as mesmas se distanciam dos fins a que se destinam, tornando-se ineficazes para a manutenção da proteção à vida privada. Isso ocorre principalmente devido ao desenvolvimento tecnológico, que propiciou o surgimento de diversos aparelhos eletrônicos capazes de captar imagens e sons antes inalcançáveis.

Por esses motivos, a legislação nacional teve de acompanhar as mudanças e evoluções naturais da sociedade, estabelecendo novos mecanismos de proteção à intimidade, estando no foco dessas mudanças a garantia do sigilo das comunicações telefônicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA, Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim, 23 de maio de 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1999.

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 24 de julho de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2001.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**; tradução Nereu José Giacomolli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 21 out. 2016.

ESPANHA. Constituição (1978). **Constituição Espanhola**. Madri, 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 12 nov 2016.

_____. **Lei Orgânica nº 4, de 25 de maio de 1988**. Lei de Reforma do Processo Criminal. Madri, 1988. Disponível em: <<http://legislacion.vlex.es/vid/organica-reforma-enjuiciamiento-criminal-80729517>>. Acesso em: 12 nov 2016.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. **Sentença 114/1984 STC**. Edição: BOE número 305. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/367>>. Acesso em: 12 nov 2016.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Campinas: Bookseller, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Public Law 90-351, de 19 de junho de 1968. Omnibus Crime Control and Safe Streets Act. Disponível em: <https://transition.fcc.gov/Bureaus/OSEC/library/legislative_histories/1615.pdf>. Acesso em 10 nov 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOLLOROU, Jacques. France in the NSA's crosshair : phone networks under surveillance. **Le Monde.fr**, Paris, 21 de outubro de 2013. Caderno Technologies. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/10/21/france-in-the-nsa-s-crosshair-phone-networks-under-surveillance_3499741_651865.html>. Acesso em: 30 out 2016.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva. 1976.

GRILLI, Luigi. La Procedura Penale. Guida pratica. Vol. 1. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009.

ITÁLIA. Constituição (1947). Constituição da República Italiana de 1947. Roma, 27 de dezembro de 1947. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/Costituzioneltaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/Costituzioneltaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 10 nov 2016.

_____. Lei n. 98, de 8 de abril de 1974, Tutela a privacidade e o sigilo das comunicações. Roma, 1974. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1974-04-12&atto.codiceRedazionale=074U0098>>. Acesso em 11 nov 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos-IBDC, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Lisboa, 1987. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/violenciadomestica/conteudo/pdfs/legislacao/dl781987.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão SJ200801310048055 do STJ**. Recurso Penal. Relator: Carmona da Mota. Lisboa, 31 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>> Acesso em: 25 out. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

UCHOA, Pablo. Caso de espionagem dos EUA viola direitos humanos, diz Dilma na ONU. **BBC Brasil**, Nova York, 24 de setembro de 2013. Caderno Notícias. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130924_dilma_assembleia_onu_lgb>. Acesso em: 30 out 2016.

WINTER, Brian. Dilma mira empresas de Internet após espionagem dos EUA. **Reuters Brasil**, São Paulo, 12 de setembro de 2013. Caderno Notícias. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/idBRSPE98B09120130913>>. Acesso em: 31 out 2016.