

As implicações jurídicas da interceptação telefônica

Gisele Leite *

Infelizmente a Lei 9.296/96 não conseguiu aplacar as celeumas em torno da interceptação telefônica.

É direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil a inviolabilidade do sigilo de comunicação como regra e, apenas excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Conforme prevê explicitamente o art. 5º, XII da CFRB. A grande indagação refere-se ao real significado da expressão "último caso", se esta é aplicável somente aos casos de comunicação telefônica ou engloba também os dados. E quais os dados da comunicação telefônica ou outros estão fora desta proteção?

Sem maiores pesares interpretatórios, podemos em face do mesmo dispositivo constitucional compreendê-lo dividido em dois grupos: o primeiro grupo relativo ao sigilo das correspondências escritas e telegráficas; e o segundo grupo relativo aos dados e comunicações telefônicas.

É bastante comum e frugal o entendimento de que a interpretação literal de qualquer norma é sempre menos aconselhável e a pior possível e, quanto a isto bem assevera Carlos Maximiliano: "O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único outrora) (...)" O apego às palavras é um desses fenômenos

que, no Direito como em tudo o mais, caracterizavam a falta de maturidade ao desenvolvimento intelectual (...) O primitivo hermeneuta fica adstrito aos domínios dos lexicógrafos e dos gramáticos ". (in *Hermenêutica e aplicação do direito*, 10a, edição, Editora Forense, páginas 121/122)".

Seja qual for o meio de comunicação de dados, informática, via satélite, fibra ótica, infravermelho está protegido o sigilo como regra e só excepcionalmente a quebra com acesso ao conteúdo das comunicações.

O fim originário e especial da norma é condicionado pelo objetivo geral do Direito e, portanto, mutável com a vida e, que o Direito deve regular. Por isto, a interpretação literal é inadequada, pois não atualiza o conteúdo normativo.

Assim, é completamente protegido o direito à vida, a segurança social, a paz e a tranqüilidade das pessoas respeitando a dignidade humana, a cidadania e, ainda, a liberdade lato sensu.

O direito fundamental assegurado particularmente pelo inciso XII do art. 5º, da CF/88 assim como os demais direitos não possuem caráter absoluto a ponto de restringir o alcance da expressão "último caso" somente as comunicações telefônicas.

É óbvio que é ultrapassado o conceito de telefonia estatuído pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (a Lei 4.117/62).

Diz o art. 4º, no Capítulo II da Lei 4.117, de 27/08/1962(Código Brasileiro de Telecomunicações) in verbis:

"Para efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético".

Telegrafia é processo de telecomunicações destinado à transmissão de escritos pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada e de sons.

Conceitos esses que eram adequados em 1962, porém, hoje, perde a sua devida adequação à realidade. A intenção do legislador pátrio a foi a de restringir à esfera criminal os casos de interceptação telefônica. Não há que se cogitar em interceptação telefônica no cível.

Outro aspecto intrigante é quanto se a interceptação poderia se erigir como prova emprestada? Cumpre logo defini-la:

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em seu Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor, 6a revista e atualizada, 2001, Editora Revista dos Tribunais, página 693.

É comentário ao art. 332 do CPC: a prova emprestada é aquela, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado (Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, in "Ouvres", tit. II, p.367; Amaral Santos, *Prova*, v. I, n.208, p.352).

A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes (Nery, *Princ*, 25, 151/152).

Para a validade da prova emprestada Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato C. de Almeida e Eduardo Talamini em obra intitulada "Curso Avançado de Processo Civil"

volume 1, 5ª edição, 2002, páginas 444 e 445, é necessário que a prova tenha sido validamente produzida, no processo de origem, e seja submetida ao crivo do contraditório, no processo onde se busca surtam os efeitos da prova.

Assim, não pode a sentença se fundar unicamente em prova emprestada sobre a qual as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar.

Adiante, os doutrinadores acrescentam: "A utilização de depoimentos prestados em inquérito policial é prova inadmissível para fins cíveis, pois é sabido que o inquérito policial é peça meramente informativa, inquisitorial e sem a garantia do contraditório. Por mais que se vislumbre o princípio da economia processual, é necessário cercar a prova de garantias mínimas, entre as quais o contraditório".

Aliás, a prova emprestada sempre deverá receber do julgador a carga valorativa compatível com a situação concreta.

De fato, permanece a questão da prova emprestada como polêmica e assaz controvertida. Assim se admitirmos in casu a interceptação telefônica como prova emprestada estaríamos por via oblíqua burlando a regra constitucional que é expressa de forma taxativo quanto aos seus fins: de investigação criminal e instrução processual penal.

Assim a vigente regra proclama definitivamente o sigilo e, só admite excepcionalmente e de acordo com os fins específicos admitir a ruptura deste. È neste mesmo sentido que se inclinam também outros doutrinadores como Luiz Flávio Gomes e Vicente Greco Filho.

Alega o primeiro doutrinador: (...) "A prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser" emprestada "(ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito (...) essa prova criminal deve permanecer em" segredo de justiça ". É inconciliável com empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º.(Da lei 9.296/96) in Interceptação telefônica, Ed. RT, páginas 118/119.

O mestre Vicente Greco Filho justifica seu entendimento alegando que os parâmetros constitucionais são limitativos e, ainda assevera que a interceptação como finalidade de prova é somente na sede criminal pode ser utilizada.

Diferentemente Ada Pellegrini Grinover admite a prova emprestada colhida por meio de interceptação telefônica desde que o processo penal tenha se desenvolvido entre as mesmas partes.

Eis suas palavras: "O valor constitucionalmente protegido pela vedação é a intimidade. Uma vez rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar".

Por fim, conclui a balizada colega de magistério superior que seria um exagero negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. E proclama que deve prevalecer a lógica do razoável.(in "As nulidades no processo penal", 6a. Edição, Editora RT, página 194).

Outra voz autorizada é a do Professor Paulo Rangel (em artigo Breves considerações sobre a Lei 9296/96. Jus Navigandi, Teresina, a .4,n.41, mai200. disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>.>. Acesso em 12.ago.2003.) que apóia a primeira corrente asseverando: "Não podemos criar situações de legitimidade de uma prova que expressamente é vedada pela Constituição Federativa da República do Brasil."

É patente a vontade do legislador em só admitir excepcionalmente a quebra do sigilo da comunicação visando à colheita de prova com o fim de se atingir a verdade real no processo (e já que não há outro meio de fazê-lo).

Não podemos confundir interceptação telefônica com escuta telefônica. Esta é a captação feita por terceira pessoa da comunicação entre dois ou mais interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles (grifo nosso).

Aquela é a mesma captação feita por terceiro entre dois ou mais interlocutores, porém com o conhecimento de um deles ou de alguns deles.(grifo nosso) e denomina-se escuta telefônica.

É bom frisar que apesar de ser estranho a comunicação telefônica entre três ou mais pessoas, porém, atualmente já existe um serviço telefônico oferecido chamado "reunião" e que possibilita que onze ou mais pessoas possam em determinada ocasião conversarem entre si, como se estivessem juntas no mesmo local em reunião ou conferência. É possível que tal ligação telefônica seja interceptada para fins espúrios, como por exemplo, espionagem industrial, seqüestros, concorrência desleal e, etc...

Assim, só para melhor exemplificar, se ocorrer interceptação da comunicação por pessoa não participante da reunião e, sem o conhecimento das demais haverá interceptação telefônica. Porém, havendo conhecimento de algum participante da reunião, haverá escuta telefônica.

A escuta ambiental não está disciplinada na Lei 9.296/96 bem como a gravação telefônica clandestina (aquela realizada por um dos interlocutores da conversação). Mas podem estar englobadas pelo inciso X do art. 5o, em confronto com inciso LVI do mesmo art. 5o, da CFRB.

O art. 2o, da Lei 9.296/96 inverteu as condições necessárias para a interceptação telefônica, olvidando de enumerar em quais casos seriam admissíveis, mas infelizmente não o fez.

A exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal deixa clara a presença do fumus boni iuris cumulada com a inexistência de outros meios de

prova disponíveis, correspondendo assim ao periculum in mora. Diante tais pressupostos evidencia-se tanto a necessidade como a urgência da medida cuja natureza jurídica é cautelar.

Quando a Lei 9.296/96 se refere a fato investigado claro está a interceptação telefônica somente poderá ser realizada para apurar fato pretérito e não futuro.

Não poderá ou não deverá ser concedida a medida cautelar de interceptação telefônica para se investigar a vida de determinada pessoa, se a mesma vai ou não cometer um ilícito penal mesmo tratando-se de pessoa com antecedentes criminais.

O dispositivo legal refere-se à infração penal punida no máximo com pena de detenção exclui todas as contravenções penais por força do art.5º, da Lei das Contravenções Penais.

Admitindo-se, portanto somente nos crimes punidos com reclusão e, portanto, considerados graves. Atualmente em face da Lei 9.099/95 temos infrações penais de menor as infrações penais de menor potencial ofensivo com facilitada transação penal visando a despenalização.

O que significa dizer que não há crime punido com a pena máxima de reclusão igual ou inferior a um ano.

É inovadora a espécie de infração penal criada pela Lei dos Juizados Especiais Criminais: a de médio potencial ofensivo cujo mínimo cominado em abstrato for igual ou inferior a um ano admitindo, assim, a suspensão condicional do processo.

Há de se cogitar então da real praticidade em se admitir a interceptação telefônica (mesmo que excepcionalmente) numa infração penal que, uma vez apurada, será oferecida denúncia com o pedido de suspensão condicional de processo.

De certo que o legislador não pretendeu permitir a interceptação a fim de apurar um furto simples que admitirá uma possível suspensão condicional do processo conforme os termos do art. 89 da Lei de Juizados Especiais.

No entanto se durante a interceptação descobrir-se à prática de um roubo praticado pelo investigado. A prova seria lícita.

Como será lícita toda interceptação realizada nos estritos limites da lei, tudo que dela advier deve ser considerado como prova lícita em consequência do respeito à ordem jurídica.

E, mesmo se o delito descoberto seja apenado tão-somente com detenção ter-se-á ainda prova lícita. Impõe a lei, em seu § 2º, do art. 6º, da Lei de interceptação telefônica impõe que haja a lavratura de um auto circunstanciado contendo breve resumo das operações realizadas e informações colhidas e encaminhar ao juiz para que adote as providências do art. 8º, do mesmo diploma legal.

Se houver conexão entre o fato descoberto fortuitamente e o investigado aplicar-se-ão as regras atinentes à conexão prevista nos arts. 76 e seguintes do CPP. Caso contrário, aplica-se à regra do art. 40 da Lei Processual Penal, ou seja, o juiz remete ao Ministério Público desde que se trate de crime de ação penal pública.

O legislador da Lei 9.296/96 conferiu legitimidade a autoridade policial e ao MP para requererem a medida cautelar de interceptação telefônica e, estabeleceu a possibilidade do juiz conceder-la de ofício, porém silenciou sobre a legitimidade do querelante (o titular exclusivo da ação penal privada).

Acredito que a lei também não impediu a existência de igual legitimidade, excluindo os delitos apenados com detenção e, neste caso, excluídos por determinação legal (art. 2º, III, da Lei 9.296/96).

Assim em se tratando dos delitos previstos nos arts. 213 e seguintes do CP onde a pena é de reclusão, é admissível a interceptação telefônica desde que presentes os demais requisitos exigidos pela lei.

A doutrina se atormenta em frente à legitimidade conferida ao juiz criminal de conceder de ofício, a medida. Há alguns autores que entendem ser inconstitucional, pois vulnera o modelo acusatório do processo.

A CFRB atribui aos juízes que tem competência pra processar e julgar, mas não para investigar principalmente no âmbito extraprocessual.

Luiz Flávio Gomes ainda preleciona que "Tomar a iniciativa da prova compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade". Tanto o Professor Paulo Rangel como a autora ousa divergir, pois entendemos que o princípio do livre convencimento motivado e o princípio da verdade real estão em perfeita harmonia com a previsão legal.

No Direito Processual moderno o juiz está reintegrado de sua própria consciência, baseado até nos termos da Exposição de Motivos do CPP que decreta que o juiz deixará de ser expectador inerte da produção de provas, sua intervenção é curial para também ordenar de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.

Nada obsta que se conceda a interceptação como cautelar incidental e possa ser deferida pelo juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Ora, se sustentarmos a tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar prisão preventiva ou ainda busca e apreensão.

É destacável a distinção que no curso do inquérito policial não pode e não deve o juiz conceder de ofício a interceptação, porém, no curso do processo nada impede que o faça.

A este respeito Marcellus Polastri Lima atesta: (...) "na fase inquisitiva preparatória não pode haver ingerência judicial, a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional do art. 129, I da Lei Maior, é sempre o Ministério Público".(MP e persecução criminal, Ed. Lumen Iuris, pág. 53).

A natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação telefônica deve ser analisada pelo momento em que é concedida e pelo princípio que a informa. Sendo medida cautelar preparatória concedida na fase inquisitorial, trata-se assim de ato judicial. Tratando-se de medida cautelar incidental tratar-se-á de decisão interlocutória.

A medida cautelar preparatória ou incidental deve ser concedida sob sigilo de justiça e inaudita altera pars. Como decisão judicial (na fase de inquérito) não cabe recurso por parte da autoridade policial. Porém, o MP possui a legitimidade para impugnar a decisão que concede ou não a interceptação telefônica (em quaisquer fases).

Cogita-se ser cabível o mandado de segurança, pois há necessidade de defender o direito líquido e certo do Ministério Público em face do art. 129, incisos I, VII, VIII da CRFB.

É ainda recomendável o mandado de segurança para evitarmos o inconveniente da ausência de contra-razões recursais caso o intérprete entenda que a medida judicial cabível seja o recurso de apelação com fulcro no art. 593, II do CPP.

Outra questão é quanto à possibilidade do assistente de acusação poder ou não requisitar a medida cautelar de interceptação. E a hipótese se encaixa perfeitamente no art. 271 do CPP, sendo possível, pois a omissão da lei não impede que o intérprete aplique a analogia, ou os princípios gerais do direito nos exatos termos do art. 4º, da LICC e do art. 126 CPC.

Como medida cautelar de caráter excepcional, com sigilo e com prazo de duração de 15(quinze) dias renovável por igual tempo, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A contagem do prazo deve ser regida pelo art. 10 do CP e não pelo § 1º, do art. 798 do CPP (pois é mais vantajoso para o réu).

Entende-se pro degravação como sendo a transcrição da gravação telefônica, representando a documentação do meio de prova. É mesmo palavra do "jurisdiquês brasileiro" e não do idioma pátrio.

É necessária, portanto a degravação para que posteriormente o acusado possa exercer o contraditório diferido para através da competente perícia de espectrograma capaz de comprovar tanto a autenticidade da voz como a integridade do material onde está gravado.

Mediante o princípio da publicidade interna restrita exigiu o princípio do contraditório diferido. O contraditório é dogma constitucional e não pode deixar de ser observado no curso do processo regularmente instaurado.

O princípio do devido processo legal (segundo a lei e através da lei) após a colheita da prova, necessária a elucidação do fato, sem, a qual, o processo será manifestamente nulo. Assim a indispensabilidade da interceptação telefônica como meio de prova é um dos requisitos cabais para sua validade.

É mais oportuna ao exercício do contraditório, a fase após a anexação dos autos apartados ao processo criminal na fase prevista nos arts. 407 e 502 do CPP. A menção da lei ao art. 538 CPP (conforme elucida o art. 8º, parágrafo único) é equivocada, pois se refere aos crimes apenados com detenção quando não se admite a interceptação telefônica.

Sendo cautelar e de índole eminentemente processual aplica-se desde de logo sem prejuízo dos atos praticados na vigência da lei anterior (princípio da imediatidade - art. 2º, do CPP).

A Lei 9.296, de 24/7/1996 veio substituir a Lei 4.117/62 regulamentando o inciso XII do art. 5º, da CFRB. Antes vigorava o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva. Em paralelo vigia também o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações que in verbis: "Não constitui violação de telecomunicação:

I - a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou com cooperação esteja legalmente autorizado;

II - o conhecimento dado;

a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;

b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;

c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;

d) aos fiscais do governo junto aos concessionários ou permissionários;

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste."

Parágrafo único: "Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei, as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, as transmitidas nos casos de calamidade pública".

Algumas decisões judiciais e balizadas opiniões doutrinárias sustentavam a compatibilidade do art. 57 do CBTELECOMUNICAÇÕES com a garantia constitucional.

Prevalecendo que nenhuma norma constitucional instituiu direito absoluto, devendo ser compatibilizada com todo o sistema jurídico.

Com a CFRB de 1988 pretendendo aplacar a enorme celeuma esta veio a assegurar o sigilo instituindo a ressalva nos termos do art. 5º, XII.

Outra polêmica é quanto à recepção ou não do referido art. 57 ou se haveria ainda a necessidade de norma específica regulamentadora.

O STF no julgamento do HC 73351-4 SP em 09/05/1996 concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, dependendo, pois o texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de modo a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se admitira a interceptação em nenhum caso.

A chamada gravação clandestina ou ambiental não é interceptação, nem está disciplinada pela lei 9.296/96 e, também inexistente tipo penal que a incrimine.

O sigilo existe em face de terceiros e não entre os interlocutores, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação sua validade como prova dependerá se violou ou não a privacidade ou intimidade, e se há justa causa para gravação.

A Lei 4.117/62 que instituiu o CBTELECOMUNICAÇÕES não foi recepcionado assim encontra-se revogado, ante a colidência imediata ou discrepância mediata com texto da Carta Magna assim entende a predominante doutrina e grande parte da jurisprudência nacional.

O STF entendeu que o dispositivo foi recepcionado, dependendo de regulamentação específica, pois do contrário, não se admitiria a interceptação em nenhum caso. E, neste contexto veio a Lei 9.296/96 regulamentar parcialmente a questão, pois restam ainda novas celeumas que somente serão dirimidas através da sábia jurisprudência.

A lei não disciplina a interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores.

Vicente Greco Filho entende que tanto a gravação clandestina ou ambiental e a interceptação consentida por um dos interlocutores são irregulamentáveis, pois que fora do âmbito do inciso XII constitucional do art. 5º, sua licitude, bem como a de prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade, bem como o estado de necessidade e a defesa de direito.

Não é aplicável a Lei 9.296/96 quanto à autorização judicial porque o Poder Judiciário brasileiro não exerce função consultiva e, no caso de jurisdição voluntária, atua somente nos casos expressos em lei.

Vicente Greco Filho consigna a posição no sentido de que os titulares do sigilo das telecomunicações são os interlocutores e estão protegidos constitucionalmente, e não o dono do direito de uso da linha telefônica.

Não pode o titular do direito de uso da linha interceptar gravando ou ouvindo, conversas de terceiros, salvo evidentemente, se providenciada a interceptação nos termos e com as cautelares da lei, com autorização judicial.

Excetuando se em virtude de norma empresarial, inexistia o sigilo das comunicações com telefones da empresa do conhecimento daquele que fala ao telefone. Caso contrário chegaríamos ao despautério de que aquele que fala em telefone público não teria a garantia de sigilo das comunicações, pois o titular do direito de uso da linha é do poder Público.

Portanto, o sujeito passivo ou a vítima, portanto é a pessoa que fala e não o titular formal do direito de uso da linha.

A interpretação de Vicente Greco Filho sobre a expressão "no último caso" refere-se apenas às comunicações telefônicas. É bom ressaltar que a garantia de sigilo é plena no que tange à correspondência.

Daí decorre ser inconstitucional o parágrafo único do art. 1º, da Lei 4.296/96, pois não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Já o art. 2º, da referida lei teve uma lamentável redação não indicando taxativamente os casos em que não será admitida a interceptação. Dando a entender erroneamente que a interceptação seja a regra, o que não é verdade, pois a regra é o sigilo e a interceptação é a exceção.

Quanto à possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, pois muito ampla. Há de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos na questão: não se pode sacrificar o sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não envolva bens jurídicos de maior valor, daí sua apenação ser reclusão.

Os demais incisos do mesmo artigo segundo contêm conceitos abertos, imprecisos ou indeterminados, e a primeira hipótese acrescenta mais uma gradação ao termo indícios no processo penal.

Quanto o conceito de indício segundo Edgar Magalhães Noronha é prova indireta porque a representação do fato a provar se faz através de construção lógica-crítica. O CPP define indício no seu art. 239 e Tornaghi critica tal aceção codificada no que se refere à indução que consiste passar do particular ao geral, concluindo-se, uma lei geral.

Ao passo que a dedução dá-se o contrário: conhece-se a lei geral, sabe-se que um fato produz sempre determinado efeito, de modo que ele ocorrendo, deduz-se o efeito que se verificou ou se verificará.

É comum invocar-se a indução ao se tratar de indício e se distingue indício e presunção. Indício é um fato, ao passo que a presunção encontra sua fonte na experiência.

Assim, o indício é uma circunstância certa e que se realizou enquanto que, na presunção, considera-se como realizado um fato não provado, fundando-se, entretanto na experiência.

O raciocínio indiciário é um silogismo composto de premissa maior (geral), de premissa menor (o fato ocorrido em particular) e a conclusão lógica (prática do delito).

Freqüentemente se confundem indício e presunção já que não poucas vezes as leis de um indício tiram uma presunção.(ex vi art. 302, IV CPP). É tanto mais relevante e forte o indício quanto mais estreita for sua relação com o fato.

Alguns doutrinadores têm no indício uma prova de menor valor, indireta. No entanto Manzini afirma: "Ao que interessa ao direito processual, ou seja, ao que se refere à livre convicção do juiz, a força probatória dos indícios, é ao revés, igual a qualquer outro elemento de prova".

A verdade é que o indício pode gerar a certeza e, em outras vezes, apenas uma simples probabilidade. Claro que a prova indiciária pode ser invalidada não só contra-indícios como por qualquer outra prova.

Assim o texto da Exposição de Motivos do CPP reitera plenamente o valor do indício; "Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra" (item VII).

Para alguns doutrinadores e, ainda em certas legislações, a prova meramente indiciária, não serve como fundamento de sentença condenatória, pois esta clama certeza e a

prova in casu jamais poderá levar ao indúvidoso. Pois incompatível com o princípio da verdade real.

Exemplo clássico é o sistema legal norte-americano em particular o processo penal. E na mesma esteira seguem outros sistemas descendentes do common-law.

É bom frisar que a mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação. É, pois curial que haja vinculação de alguém ao fato criminoso específico punido com reclusão.

A discussão da licitude ou não da prova decorre em três casos: em virtude da ilicitude do próprio meio (que não respeita à integridade da pessoa humana); em virtude da imoralidade ou impossibilidade de sua produção, e, em virtude da ilicitude de sua origem.

A CFRB foi expressa em não admitir as provas obtidas por meios ilícitos (que goza de aparente taxatividade), assim se a interceptação não obedecer aos preceitos legais e os parâmetros constitucionais, a prova com ela obtida não poderá ser utilizada, bem como as dela conseqüentes.

Também se deve apreciar o valor da prova obtida por meio de interceptação de acordo com a idoneidade técnica. Passando o conteúdo probatório pelo crivo do sistema da persuasão racional e, ainda o confronto com as demais provas e da confiabilidade de quem a colheu.

No caso de gravação para atestar sua idoneidade técnica, não fica excluída a possibilidade de perícia para identificação das vozes e para constatação da própria integridade e autenticidade da fita.

O juízo de legalidade sobre a interceptação é feito antes da ponderação do valor e de autenticidade técnica. Já o juízo de autorização de realização da prova é provisório, e sem

contraditório, de modo que o juízo definitivo somente pode ser o do juiz da causa principal (ainda que orgânica e fisicamente o mesmo) após a atuação da ampla defesa.

Com as devidas cautelas recomendadas tanto pela doutrina como pela hermenêutica cabe ressaltar que a interpretação das normas penal da legislação penal especial visa prover a descrição típica e, não como mera referência de antijuridicidade, mas como comportamento selecionado e merecedor de repressão penal, excluindo, portanto da incriminação de comportamentos não previstos ou insignificantes.

A interpretação restritiva não é se traduz em ser literal. No que tange aos tipos omissivos, o próprio conceito normativo de omissão é mesmo baseado no dever jurídico de evitar o resultado; há de se considerar ainda a exclusão de causalidade em virtude de causa superveniente relativamente independente.

Vencedora a tese finalista desde da Reforma Penal Brasileira de 1984, esta demonstrou que tanto o dolo e a culpa encontram-se no tipo, sublinhando-se particularmente a importância dos elementos normativos e subjetivos imersos no tipo penal.

Assim, finalmente o art. 10 da referida lei prevê crime que consiste em realizar a interceptação indevida e quebrar o segredo de justiça. Porém estes podem ocorrer em momentos diferentes, por agentes diferentes e que serão tratados separadamente e apropriadamente.

Referências:

Greco Filho, Vicente Interceptação telefônica: considerações sobre a lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996 / Vicente Greco Filho São Paulo: Saraiva, 1996.

Raboneze, Ricardo Provas obtidas por meio ilícitos / 2 ed., Porto Alegre, Síntese, 1999.

Burgarelli, Aclibes Tratado das Provas Cíveis São Paulo. Juarez de Oliveira, 2000.

Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume I SP, Ed. RT,2002.

Nery Junior, Nelson CPC Comentado e leg. proc.civil extravagante em vigor: 6 ed.ver.atual. Sp, Ver. Dos Tribunais, 2002.

Rangel, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96 Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.41, mai. 2000. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina>

Linhares Neto, Benon. Da escuta telefônica clandestina. Jus Navigandi, Teresina, a.1 , n.15, jun.1997. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>

Greco Filho, Vicente. Direito processual civil brasileiro.(volumes 1, 2 e 3) São Paulo. Saraiva, 1998.

* Gisele Leite, professora universitária, mestre em Direito e em Filosofia, articulista dos sites www.direito.com.br, www.estudando.com., www.jusvi.com., www.mundojuridico.adv.br, www.oguiadodireito.hpg.ig.com.br e co-editora do site jusvi.com

Disponível em: <

<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=37051> >

Acesso em.: 13 jun. 2007.