

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

DIÓGENES DA ROCHA FERNANDES

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE ÀS PROVAS ILÍCITAS

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

DIÓGENES DA ROCHA FERNANDES

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE ÀS PROVAS ILÍCITAS

Trabalho apresentado à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como exigência legal para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal
Orientador: Prof. Felix Araújo Neto

Campina Grande – PB
2014

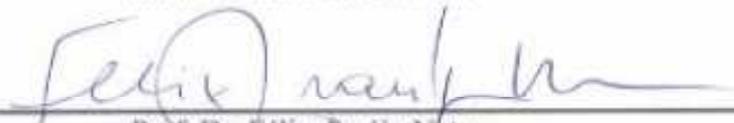
DIÓGENES DA ROCHA FERNANDES

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE ÀS PROVAS
ILÍCITAS**

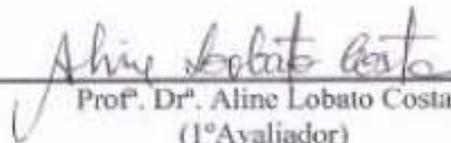
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estadual da Paraíba, em convênio com a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.
Orientador(a): Prof. Dr. Félix Araújo Neto

Aprovado, em: 11/07/2014
Nota: 9,0(nove vírgula zero)

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Félix Araújo Neto
(Orientador)



Prof. Dr. Aline Lobato Costa
(1ºAvaliador)



Prof. Dr. Rosimeire Ventura Leite
(2ºAvaliador)

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.

F363i Fernandes, Diógenes da Rocha.
Interceptação telefônica frente às provas ilícitas [manuscrito]
/ Diógenes da Rocha Fernandes. - 2014.
25 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito".

1. Processo Penal. 2. Provas Ilícitas. 3. Interceptação Telefônica. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

RESUMO

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores e foi admitida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal pela Constituição Federal de 1988, sendo necessário, para tanto, previsão em legislação infraconstitucional. Ocorre que, a omissão legislativa perdurou por quase oito anos, fazendo com que a doutrina e jurisprudência divergissem quanto à sua admissibilidade. Sendo assim, interceptação telefônica considerada por alguns, como prova ilícita. Diante deste fato, o presente trabalho analisa a interceptação telefônica frente às provas ilícitas, bem como em quais situações esta poderá ser utilizada como prova no processo penal. Desse modo, é feita uma breve análise das provas ilícitas conforme elencadas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Também são expostas as teorias acerca de sua admissibilidade mediante a derivação das provas ilícitas. Portanto, são abordadas as questões pertinentes à interceptação telefônica, destacando como ela foi abordada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Por fim, são explicitados os requisitos para que a interceptação possa ser utilizada como prova no processo penal. Para tanto, analisam-se leis, artigos científicos, documentos e livros pertinentes à temática, sob uma pesquisa de métodos exploratório e bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação Telefônica. Prova ilícita.

ABSTRACT

The telephone calls interception is an uptake of conversation by third party without following members' perception, also it had been allowed to criminal investigation and to criminal procedural instruction under the Federal Constitution of 1988, throw needing an infra-constitutional legislation for its capability. It happens that during eight year stopped the legislative omission caused diverseness' doctrine and jurisprudence about its permission in Brazil. Thus, the telephone calls interception was configured an illegal evidence for judgments. Due to this fact, this work analyzes the telephone calls interception over illegal evidences, also which situations it may be used as criminal evidence. Thereby, a short explaining about illegal evidences under the Federal Constitution and Criminal Procedure Code. Moreover, It exposes theories by illegal evidence derivation admissibility. Therefore, this article presents main subjects in telephone calls interception made by Federal Constitution and infra-constitutional legislation. Finally, It explains legal telephone calls interception requirements necessary for been used as criminal evidence. Consequently, the work reports rights, scientific articles, documents and book findings on thematic studies in an research which combines with methods exploratory and bibliographic review.

Keywords: Telephone calls interception. Illegal evidence.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe no corpo de seu texto, mais especificamente no inciso XII do artigo 5º, a hipótese de violação das comunicações telefônicas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Insurge-se assim a problemática acerca da auto-aplicabilidade do dispositivo, uma vez que este está condicionado à presença de uma lei regulamentadora que venha a lhe conferir eficácia.

A persecução penal encontrava-se completamente prejudicada, pois o Constituinte trouxe a inovação da interceptação telefônica, mas o legislador derivado se omitiu por certo lapso temporal. Deixando de editar uma norma que viesse a suprir a exigência Constitucional, qual seja uma lei que regulamentasse o instituto da interceptação telefônica.

A inércia do legislador causava sérios transtornos a atividade investigatória, a fase processual e principalmente na punição dos crimes considerados graves. O convívio harmônico e a paz social encontravam-se comprometidos pelo simples fato de não haver uma norma que viesse a disciplinar e integrar o texto Constitucional.

Dessa forma, como procedimento da interceptação não possuía respaldo legal, as provas provenientes da interceptação eram tidas como ilícitas e não podiam figurar no processo, conforme a Constituição Federal. Uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, a prova ilícita não pode figurar como um meio idôneo capaz de atuar na formação do convencimento do julgador.

No período de omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal posicionava-se majoritariamente no sentido de inadmitir a interceptação telefônica antes da edição de uma lei que viesse a regulamentar e, conseqüentemente, pormenorizar tal procedimento. Dessa forma, decretava-se a nulidade da condenação em processos e o desentranhamento das provas que só tinham sido possíveis em virtude da interceptação de ligações telefônicas.

Só em 1996, ou seja, oito anos após o surgimento da Constituição, a interceptação telefônica passou a ser regulamentada através da Lei 9.296. Esta lei determina que é preciso haver indícios razoáveis de autoria ou participação em crime. Não poderá o procedimento ser calcado em meras suspeitas ou suposições. Além disso, deverá ser comprovada que a interceptação é peça fundamental e indispensável à investigação criminal e à instrução processual penal.

A presente pesquisa, diante do exposto, tem o objetivo de estabelecer os parâmetros e limites de uma interceptação telefônica realizada de acordo com as disposições legais. fazendo uma análise nas situações em que pode ser utilizada, pesquisando os critérios adotados pelo Judiciário nas decisões relativas à invalidação de provas.

A abordagem e discussão acerca da interceptação telefônica como importante instrumento da persecução penal, se faz necessária aos autores das atividades investigativas ou de instrução penal, no que se refere a fiel observância na norma e conseqüente validação do trabalho desenvolvido, seja pela polícia, ministério público ou judiciário, nas mais diversas hipóteses.

O presente trabalho utilizou-se de uma metodologia baseada principalmente na doutrina e em referências jurisprudenciais. Foram ainda analisados casos concretos que serviram de base para demonstrar a importância do tema.

A seguir será desenvolvida a fundamentação teórica, onde serão abordadas considerações acerca da interceptação telefônica, levando em consideração a abordagem sobre as provas ilícitas.

2. AS PROVAS ILÍCITAS

O uso das provas ilícitas no processo sempre foi uma questão polêmica. A seguir será feita uma análise do tema considerando o posicionamento da doutrina e jurisprudência.

2.1 Conceito de Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas

As provas ilícitas caracterizam-se como sendo aquelas colhidas sem a observância das normas de direito material. Para GRINOVER (1992, p. 150), a prova ilícita é "aquela colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade, e mais especificamente, do direito à intimidade".

A doutrina costuma diferenciar as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo estas conceituadas como as provas que infringem as regras de direito processual.

Como bem destaca CAPEZ (2013, p. 521): “quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chama de ilegítima”.

Desta forma, a diferença entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, é que estas são obtidas com violação às normas processuais, enquanto aquelas violam as normas de direito material.

2.2 Prova Ilícita por Derivação: Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada, ou prova ilícita por derivação, foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e passa a ideia que o vício da planta é transmitido aos seus frutos. Fazendo analogias às provas processuais, entende-se que as provas eivadas de vícios contaminam as demais provas que dela se originam, ainda que estas sejam lícitas.

Essa teoria é adotada no Brasil conforme a doutrina e a jurisprudência. O Código de processo Penal, com as modificações da Lei 11.690/2008, disciplina essa teoria em seu artigo 157, §1º:

§ 1º 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.

Considerando AVENA (2010, p.734) acerca das provas ilícita, ilegítima e por derivação, acima explanadas:

As provas ilícita, 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, tornam-se viciadas por terem decorrido, exclusivamente de uma prova ilícita anterior; (...) as provas ilegítimas, assim entendidas as obtidas ou produzidas com ofensa a disposições legais, sem qualquer reflexo em nível constitucional

Essa divisão preconizada pela doutrina restou ultrapassada, pois a legislação, como se pode observar nas modificações trazidas no artigo 157 do C.P.P., intitulou de ilícitas tanto as provas que violem direito material quanto formal.

2.3 Admissibilidade das provas ilícitas no processo

A discussão referente à admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro encontra posicionamentos diferentes, que serão analisados a seguir.

2.3.1 Teoria da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, preceitua que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Esse preceito está dentre os direitos e garantias fundamentais, representando desta forma, uma garantia importante aos direitos individuais. Essa foi a primeira Constituição a abordar o tema, sendo este assunto disciplinado por doutrina e jurisprudência antes de sua vigência.

A reforma do Código de Processo Penal, consubstanciada através da Lei 11.690, de 9/6/2008, reforçou esta teoria, inadmitindo portando, o uso de provas ilícitas no processo penal, bem como o uso de suas derivadas.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O seguinte autor reforça o entendimento da Constituição Federal bem como do Código de Processo Penal:

As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes (MORAES, 2011, p.428

Percebe-se, portanto, que de acordo com essa teoria, a prova ilícita não pode ser juntada aos autos. Caso ela seja, será ineficaz e deverá ser desentranhada.

2.3.2 Teoria da Admissibilidade das Provas Ilícitas

Essa teoria surgiu partindo do pressuposto que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto. Conhecida também como princípio da proporcionalidade, a teoria admite a prova obtida de forma ilícita em caráter excepcional.

A jurisprudência e a doutrina acolhem essa teoria nos casos em que as provas ilícitas possam provar a inocência do réu, nunca para condená-lo, ou seja, essa proporcionalidade é *pro reo*, e não *pro sociedade*.

Em decorrência desse conflito da jurisprudência com o texto constitucional, NUCCI (2013, p.512) entende que as garantias fundamentais elencadas na nossa Norma Maior não são absolutos, “nem foram idealizados ou estabelecidos para proteger criminosos”, contrario a forte tendência dos tribunais superiores.

3. DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

3.1 Diferença Entre Interceptação Telefônica, Gravação Clandestina e Escuta Telefônica

A garantia à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, com a ressalva da permissão, para o último caso, por ordem judicial e nas formas da lei, está assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XI.

A interceptação telefônica, gravação clandestina e a escuta telefônica são violações a essas garantias bastante confundidas, e a seguir, faremos a distinção entre elas.

A interceptação telefônica, esta objeto do presente estudo, ocorre quando um terceiro capta a conversação entre dois ou mais interlocutores, sem o consentimento ou conhecimento destes. CAPEZ (2013, p. 604) preleciona esse conceito:

Interceptação provém de interceptar – intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores

Para que a interceptação telefônica fique perfeitamente caracterizada, mister se faz que o procedimento seja realizado por alguém que não esteja na condição de interlocutor na conversa telefônica. Para a interceptação ser configurada, não se faz necessário gravar o objeto da conversa telefônica. Nesse sentido, o entendimento do seguinte doutrinador:

A gravação da conversa interceptada não é, necessariamente, elemento integrante do conceito de interceptação. A simples escuta, desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade. Assim, tanto as

interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas, na medida em que obedecerem ou não aos preceitos Constitucionais e legais que regem a matéria. (AVOLIO, 1995, p. 93)

As gravações clandestinas consistem exatamente na ação praticada por um dos interlocutores. Não há a participação de um terceiro conforme ocorre nas interceptações telefônicas.

A escuta telefônica possui uma certa semelhança com a interceptação telefônica em sentido estrito, levando a doutrina e a jurisprudência, em algumas vezes, a cometer uma certa confusão, misturando grande parte dos conceitos.

A principal diferença entre os institutos da interceptação telefônica e da escuta telefônica é que, enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da violação da conversa, na escuta há uma intervenção de um terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores na captação.

A seguir, um acórdão do STJ que consta a diferença acima explanada:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VÍCIO INSANÁVEL.

Não é válida a interceptação telefônica realizada sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada como prova em processo penal. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF, regulamentado pela Lei n. 9.296/1996. A ausência de autorização judicial para captação de conversa macula a validade do material como prova para processo penal. A escuta telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. A gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo. O fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo responsável pela interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, se faz imperiosa a declaração de nulidade da prova, para que não surta efeitos na ação penal. Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE, DJe 17/5/2010. HC 161.053-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/11/2012."

3.2 Interceptação Telefônica em Face da Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe a hipótese da interceptação telefônica no inciso XII do artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, **nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.** (grifo nosso)

Realizando uma breve análise no dispositivo constitucional supracitado, percebemos que a parte final do referido inciso não é auto-aplicável, ou seja, não é passível de produzir efeitos sem que haja uma lei regulamentadora conferindo-lhe eficácia.

O Legislador Constituinte consagrou a inviolabilidade das comunicações telefônicas inseridas nos direitos fundamentais como regra, podendo ademais, excepcionalmente, proceder com a interceptação telefônica nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Com a falta de regulamentação no que tange à interceptação telefônica, não era possível a utilização da mesma como meio capaz de auxiliar na investigação criminal e nem tampouco na instrução processual penal. Por inúmeras vezes os serviços de inteligência da polícia ficaram impossibilitados de obter êxito numa determinada investigação devido à falta de regulamentação legal. Consequentemente, todo e qualquer procedimento que resultasse na interceptação telefônica estaria viciado, sendo então considerado como ilícito.

Os trabalhos investigatórios, a persecução penal e a punição dos crimes acabavam por serem prejudicados devido à inércia do legislador ordinário, já que a Constituição facultou a interceptação telefônica por ordem judicial e nos moldes que uma lei posterior viesse a estabelecer.

Já no próprio corpo do inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal, estavam presentes alguns requisitos que deveriam ser obedecidos pelo legislador ordinário. A interceptação telefônica somente poderia ser autorizada pelo Juiz competente, ou seja, o Juiz constitucional ou legalmente previsto para julgar determinado tipo de litígio. A lei infraconstitucional não poderia consignar que outra autoridade, que não fosse a judicial, permitisse a interceptação. Apenas o Juiz poderá vir a determinar uma interceptação telefônica, logo não deverá a mesma ser determinada pelo Ministério Público ou Autoridade Policial. Procurou-se, com isso, restringir ao máximo a ingerência do Estado na vida particular das pessoas. Qualquer órgão que

não seja a autoridade judicial ficará impedido de determinar a interceptação telefônica, devendo ser ensejada à nulidade no caso de descumprimento de tal preceito.

Num Acórdão em sede de *habeas corpus* proferido pelo Relator Vicente Leal do Superior Tribunal de Justiça foi tida como lícita uma interceptação telefônica autorizada judicialmente antes da edição de norma regulamentadora. Ocorre que a condenação não foi fundada na interceptação telefônica e sim em outras provas colhidas no curso do processo criminal, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ANTES DA LEI Nº 9.296/96. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTRAS PROVAS. NULIDADE. AUSÊNCIA.

A jurisprudência desta Corte tem se manifestado no sentido de que a interceptação telefônica, autorizada judicialmente ou não, realizada anteriormente à Lei nº 9296/96, não acarreta a nulidade da condenação, quando esta se baseia em outras provas colhidas no curso da instrução criminal, seja, quando a prova ilícita não serviu de elemento de convicção decisivo para a condenação.

Se o Tribunal *a quo*, com olhos no conjunto fático-probatório delineado nos autos, concluiu que a interceptação telefônica não foi a prova decisiva para a condenação, é incabível, na via estreita do *habeas corpus*, reformular tal entendimento, vez que ensejaria demasiado exame do processo.

habeas corpus denegado.

(STJ, sexta turma, HC nº 23432 – SP, Rel. Ministro Vicente Leal, decisão unânime, DJ 28/04/2003, página 266)

A corrente majoritária do Egrégio Supremo Tribunal Federal inadmitia a interceptação telefônica antes da edição de lei regulamentadora. Fundamentava o seu plausível argumento na tese de não ser auto-aplicável o preceito constitucional que ora está em debate.

Nesse sentido é de bom alvitre citarmos a ementa do Acórdão resultante do julgamento do *habeas corpus* nº 73351-SP, proferido no dia 10 de maio de 1996, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, *in verbis*:

A prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos 'frutos da árvore envenenada', o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento da ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante – apreensão de 80 quilos de cocaína – e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo Juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF ('são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'). Necessidade de regulamentação do art. 5º, XII, da CF (...)

Tal decisão reputa-se acertada em virtude da necessidade da *interpositio legislatoris*, ou seja, deve haver uma verdadeira integração da lei ordinária no corpo da Constituição.

Num pensamento completamente divergente da posição adotada no STF, JESUS (1997, p.91) lança uma concepção que de certa forma enquadra-se na discussão jurídica na qual estamos adentrando, preceituando que:

Não deixa de ser curioso: na vigência da CF anterior, que, em seu art. 153 § 9º, previa o princípio da inviolabilidade da comunicação telefônica sem abrir exceção, não era proibido ao Juiz autorizar a interceptação telefônica para fim de prova judicial. E, hoje, quando a Constituição Federal autoriza a interceptação mediante ordem judicial, entende-se proibido fazê-lo.

Apesar de ser de grande relevância e suma expressividade em eventuais debates jurídicos, o comentário em epígrafe, *data venia*, encontra-se em desconformidade com a doutrina dominante.

Na vigência da Constituição anterior a de 1988, não havia quaisquer exceções ao sigilo das comunicações telefônicas. Não havia, sequer, nenhuma referência à reserva de lei. O entendimento, na época, voltava-se para a possibilidade da interceptação telefônica desde que precedida de autorização judicial e realizada em conformidade com o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

3.3 Interceptação Telefônica Após o Advento da Lei 9.296/96

Apenas com o que se encontrava preceituado no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, ficava difícil adquirir respaldo num dispositivo que não era dotado de auto-aplicabilidade. Diversos projetos de lei foram elaborados e apresentados ao Congresso Nacional com o fito único de suprir uma exigência constitucional.

De acordo com o STF, o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações não havia sido recepcionado pela CF de 1988, mas ainda havia Juiz utilizando-o de forma desordenada e irresponsável. A intimidade das pessoas sofria constantes abalos independentemente de lei autorizativa.

As decisões judiciais que determinavam a interceptação telefônica ficavam sempre sujeitas aos ataques processuais. Os recursos interpostos fundamentavam-se quase sempre no artigo 5º, inciso LVI da CF que dispõe acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Em meio a acirradas reivindicações, surge no cenário jurídico brasileiro a Lei 9.296, publicada somente em 24 de julho de 1996, ou seja, quase oito anos após a promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente será apreciada a terminologia assim como a abrangência da parte final do inciso XII, artigo 5º da Carta Política de 88 no que se refere à expressão “no último caso”. Resta saber se o trecho supracitado refere-se às comunicações de uma forma em geral (telegráficas, de dados e telefônicas) ou se apenas reporta-se às comunicações telefônicas.

A primeira situação pressupõe que a expressão supracitada refere-se às comunicações contidas no inciso em epígrafe, ou seja, compreenderia as comunicações telegráficas, de dados e de telefonia. O sigilo das correspondências não ficaria na área de abrangência. A primeira hipótese englobaria então os três meios de transmissão de informações.

Numa Segunda interpretação pode-se apontar a presença dos sigilos da correspondência, comunicações telegráficas, de dados e as telefônicas. Seguindo essa linha de raciocínio é fácil asseverar que a expressão “último caso” se refere apenas às comunicações telefônicas.

Percebe-se de imediato que em nenhuma das hipóteses vislumbradas aparece a possibilidade de violação do sigilo das correspondências. A zona cinzenta gira apenas em torno das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Em breves palavras Greco Filho discorre acerca do tema, afirmando que:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, último significa derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo. (1996, p.11-12)

Assim Greco Filho entende que os casos de interceptação referem-se tão somente às comunicações telefônicas pelo simples motivo de que a interceptação deve ser restritiva pelo fato do sigilo constituir uma regra e a interceptação uma exceção.

Ainda na visão do referido autor, entende o mesmo que o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 encontra-se comprometido pela inconstitucionalidade, tendo-se em vista que estende a possibilidade de interceptação das comunicações em sistemas de informática e telemática.

Já no entendimento de Luiz Flávio Gomes, a expressão que ora está em debate, ou seja, “no último caso”, refere-se não apenas às interceptações telefônicas, compreendendo assim as comunicações telefônicas de qualquer natureza. É nesse entendimento que o citado autor preconiza que:

Autorizar a interceptação na primeira hipótese (sons) e não permitir na segunda (dados, imagens, informações, etc.) é uma incongruência, além de configurar sério prejuízo para a persecução penal, principalmente diante de organizações criminosas; devemos interpretar as leis restritivas de direitos fundamentais estritamente, isso é correto; mas onde se vislumbra a inequívoca vontade do legislador, tampouco parece lícito não reconhecê-la. (1997, p.114)

Para Lenio Luiz Streck, o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96 não é inconstitucional, visto que apenas estende as hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer modalidade de comunicação, ainda que seja realizada através de sistemas de informática. Entende o referido autor que: “o constituinte, ao utilizar a expressão comunicações telefônicas, deixou patente que abarcava a possibilidade de o Estado interceptar informes em tráfego”. (2001, p.47)

Em sede de medida cautelar numa ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo improvimento da ação que pretendia retirar da Lei 9.296/96 o parágrafo único do artigo 1º, *in verbis*:

Admitindo embora a relevância da tese defendida pela autora da ação direta, o Tribunal indeferiu, por falta de demonstração do *periculum in mora*, a medida cautelar requerida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, contra o par. Único do art. 1º da Lei 9.296/96, que regulamenta o art. 5º, XII, da CF (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). Sustenta-se que a norma impugnada, ao permitir a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, estaria ofendendo o citado dispositivo constitucional, que, segundo a autora, só autoriza a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. (ADIn 1.488-UF, rel. Min. Néri da Silveira, 07.11.1996)

Objetivando a unificação de embasamentos, parece melhor o posicionamento de Luiz Flávio Gomes afastando de imediato uma suposta inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96.

Assim a corrente que entende que qualquer espécie de comunicação telefônica está sujeita a interceptação, não importando o seu conteúdo que poderá ser um som, um dado, uma informação, entre outros, é bem recepcionada consoante o ordenamento jurídico.

Atualmente é bastante comum observarmos uma comunicação telefônica interligada pelo sistema de informática. Pouco importará se a comunicação estiver

sendo realizada por meio da telefonia usual ou pela rede mundial de computadores, sendo de qualquer maneira melhor o entendimento de que a lei contempla as hipóteses em estudo, mesmo que não seja comum relacionar estritamente o tráfego de dados do uso da internet a rádio, por exemplo, como sistema telefônico propriamente dito.

Desde a promulgação da Carta Política de 88, é da competência dos governos Municipal, Estadual e Federal o controle sobre os serviços telefônicos. Até a década de 70, os sistemas brasileiros de telefonia ficavam basicamente a cargo de concessionárias privadas estrangeiras, sem falar na precariedade que atingia grande parte dos serviços oferecidos. A precariedade girava em função da enorme extensão do território nacional, além da falta de pessoal técnico especializado e da política tarifária empregada.

O sistema de telefonia no Brasil tem tido relevantes progressos, devidos, principalmente, ao grande avanço da informática que vem dando melhores qualidade e capacidade às comunicações. Ao juntar as tecnologias da informática com as da comunicação, as novas redes de telecomunicações abrem uma nova era para a informação.

Além de referir-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática, a Lei 9.296/96 permite também a interceptação das comunicações em sistemas de telemática. No sentido etimológico da palavra entende-se por telemática como sendo “conjunto de técnicas e de serviços que associam as telecomunicações e a informática”. (LAROUSSE, 1995, p.5623)

Os serviços trazidos pela telemática são calcados em redes de telecomunicações. Nas referidas redes são colocados terminais constituídos por um teclado alfanumérico e por um monitor de vídeo. Dentre os serviços de telemática oferecidos ao público podem ser destacados o caixa eletrônico e os diversos serviços bancários, conhecidos como internet banking e o uso de aplicativos de smart fone.

A telemática é nada mais que telecomunicação associada à informática. Atualmente, a maior parte das espécies de telecomunicações encontra-se relacionada com a informática.

O crime organizado dispõe da utilização da informática em grande parte de suas atuações. Afastar a telemática da área de incidência constitucional constituiria

simplesmente atestar o desconhecimento, ou melhor, fazer de conta que o crime organizado não vem acompanhando o desenvolvimento tecnológico.

Nos países Europeus, a interceptação poderá ser realizada em todas as comunicações telefônicas, abrangendo sobretudo a telemática. Desse modo, é inconcebível interpretar restritivamente o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96, pois em não se admitindo a interceptação em sistemas de informática e telemática estaríamos nos afastando dos atuais modelos de informatização global que envolve a maior parte dos países do mundo.

3.4 Formalidades Necessárias ao Procedimento da interceptação telefônica.

De acordo com o que se encontra preceituado no artigo 4º da Lei 9.296/96, mister se faz que no requerimento da interceptação telefônica venha devidamente demonstrado que a sua realização é necessária para a apuração da infração penal, além da indicação dos meios a serem empregados. A demonstração da indispensabilidade do procedimento é de suma importância, devendo o Juiz, em não vislumbrando a necessidade, indeferir de plano o pedido.

O art. 2º da legislação em estudo, destaca os casos em que não serão admitidos a interceptação telefônica, a saber:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

O pedido de interceptação deverá, em regra, ser formulado por escrito, podendo o Juiz, excepcionalmente, admitir a formulação verbal do pedido. Se o pedido for formulado verbalmente, a Autoridade Judicial deverá reduzi-lo a termo a fim de documentar o mesmo.

Caso o Juiz conceda o pedido verbal de interceptação, ganhará o mesmo a forma escrita no momento da redução a termo. Esse procedimento é importante, pois materializa o pedido verbal que seguirá em autos apartados.

Conforme o § 2º do artigo 4º da Lei 9.296/96, o Juiz terá o prazo máximo de vinte e quatro horas para decidir acerca do pedido de interceptação telefônica. O prazo começará a contar no momento da conclusão dos autos apartados ao Juiz.

Assim, o prazo não correrá a partir da distribuição do requerimento, mas apenas quando a Autoridade Judicial tomar ciência do referido pedido.

Conforme o § 3º do artigo 800 do Código de Processo Penal, o juiz poderá exceder por igual prazo caso declare motivo justo. Então, caso o juiz declare a impossibilidade de decidir no prazo de vinte e quatro horas, terá o mesmo igual prazo para tomar a decisão. A ciência do ministério público não poderá servir de pretexto para o magistrado estender o prazo fixado pela legislação.

O juiz responsável pelo retardamento perderá tantos dias de vencimento quanto forem os excedidos, de acordo com o que se encontra preceituado no artigo 801 do Código de Processo Penal. A referida norma servirá para controlar uma suposta inércia do magistrado, sancionando um atraso injustificado.

A decisão judicial acerca da interceptação telefônica deverá, além da fundamentação, indicar a forma de execução da diligência sob pena de nulidade. A fundamentação não pode ser vista como uma mera formalidade exigida pela legislação. A Constituição Federal traz no artigo 93, inciso IX que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas sob pena de nulidade. Conseqüentemente, a lei 9296 apenas ratifica o Preceito Constitucional quando dispõe acerca da indispensabilidade da fundamentação na decisão judicial.

A fundamentação é, na visão de Lenio Luiz Streck:

A garantia que o cidadão tem de que não sofrerá restrição de direitos sem a devida justificação / fundamentação. Disso decore que o juiz, na apreciação do pedido de Interceptação de Comunicação Telefônica, deverá, de forma (bem) fundamentada, considerar o princípio da proporcionalidade, e, mais precisamente, realizar o sopesamento entre o interesse público, por um lado, e a esfera da intimidade protegida pelos direitos fundamentais do outro. (2001, p. 84)

O prazo máximo para a captação de comunicação telefônica e telemáticas é de quinze dias, não significando que o juiz obrigatoriamente terá que fixar o prazo máximo. Caso o magistrado conclua que a interceptação deva ser feita em oito ou nove dias, ficará sendo este o prazo máximo. O que não pode haver é uma extensão do prazo máximo.

Haverá hipóteses em que o período de quinze dias será insuficiente para a apuração da infração penal, momento em que o juiz, calcado no artigo 5º da lei 5296/96, poderá renovar o prazo por igual período, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Em se tratando de renovação, deverá o juiz verificar se não existem outros meios para a busca de provas. A indisponibilidade de

outros meios gerará conseqüentemente motivos suficientes para a renovação do pedido de interceptação.

Os procedimentos de interceptação serão conduzidos pela autoridade policial que poderá perfeitamente requisitar o auxílio da concessionária de serviço público. Geralmente a autoridade policial requisita os serviços da companhia de telefonia, tendo-se em vista que a polícia nem sempre conta com os meios tecnológicos apropriados.

O ministério público poderá acompanhar a realização da interceptação pela autoridade policial. Deverá o *Parquet* ter ciência dos meios que serão utilizados no procedimento da interceptação. Por outro lado a concessionária de serviço público não poderá opor-se à requisição de interceptação, devendo prestar o serviço gratuitamente e sem qualquer ônus para o estado. A lei faculta que o ministério público acompanhe as diligências, o que não pode deixar de acontecer é a ciência do órgão ministerial.

A gravação da comunicação interceptada deverá ser procedida sempre que possível. Realizada a gravação, há de se fazer a sua transcrição que servirá como prova documental no processo. A transcrição servirá para materializar o procedimento da interceptação.

Após realizada a diligência a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado. O presente auto deverá conter informações acerca do período da interceptação, demonstrando-se também o número do telefone interceptado além do resultado obtido. A autoridade policial deverá ainda demonstrar se houve encontro fortuito, indicando as novas pessoas envolvidas assim como a demonstração de infrações penais diferentes daquelas que já se tem conhecimento.

Concluída a diligência e enviado o resultado ao juiz, deverá este determinar, após a ciência do ministério público, que seja apensada aos autos do inquérito policial ou do processo criminal. Vale ressaltar que o apensamento ocorrerá em autos apartados de modo que preserve o sigilo do procedimento.

Caso a interceptação tenha sido feita na fase do inquérito policial, o delegado de polícia é que terá o dever de preservar o sigilo até o momento da conclusão do inquérito que se dará com o relatório final. Já no caso de a interceptação ser realizada no curso do processo criminal, caberá ao juiz fazer valer a preservação do sigilo. Se a interceptação telefônica for gravada, o delegado de polícia deve

encaminhar ao juiz os arquivos originais, para que só assim possa ser comprovado, em caso de questionamento, se as vozes envolvidas na conversa telefônica são realmente das pessoas de quem se suspeitava. Tal comprovação é realizada por modernos recursos tecnológicos que permite uma nítida comparação e posterior comprovação das conversas interceptadas.

O sigilo do procedimento da interceptação deve ser preservado num momento anterior ao mesmo e enquanto durar o procedimento. Isso se dá ao fato de que a interceptação só terá êxito caso os investigados não tenham conhecimento da medida. Dessa forma, se a interceptação fosse amplamente atingida pela publicidade, não alcançará o seu escopo maior qual seja a apuração de uma infração penal.

Após a conclusão das diligências pertinentes à interceptação o sigilo deixa de ter o caráter absoluto, não atingindo o investigado e o seu defensor, que poderão inclusive fazer cópias dos arquivos. Em ocorrendo o contrário, estaremos diante de um sério afronte aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Continuará o sigilo valendo para as pessoas que não tiverem não a ver com a investigação.

Assim, o legislador ao elaborar a lei 9.296/96 baseou-se no contraditório diferido ou postergado, onde a prova é produzida sem a participação direta das partes, uma vez que a interceptação não atingiria o seu fim caso vigorasse a publicidade plena. O que se observa no trâmite dos procedimentos de interceptação telefônica é o sigilo total, buscando sempre ratificar os fatos de que se têm indícios razoáveis e envolvendo apenas aquelas pessoas que de alguma forma estejam ligadas a prática da infração penal.

Insta salientar que o Conselho Nacional de Justiça, através de sua Resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008, disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado neste trabalho tendo sido objeto de várias discussões no mundo jurídico, uma vez que doutrina e jurisprudência divergem sobre o assunto,

mesmo após vinte anos da vigência da Constituição Federal e de a interceptação telefônica ser uma ferramenta importante e muito utilizada na investigação criminal.

O objetivo principal da interceptação telefônica é a busca de provas que venham, de alguma forma, robustecer os autos da investigação criminal ou da instrução processual penal. Deverá a interceptação ser o último recurso a ser utilizado, ao passo que a inviolabilidade das comunicações constitui a regra geral.

As interceptações são gravações feitas por terceira pessoa sem conhecimento dos interlocutores. Conforme vimos, o desconhecimento dos interlocutores da escuta e gravação faz parte da essência deste instrumento, sob pena de descaracterizar a interceptação, configurando assim, escuta telefônica ou gravação clandestina.

Encontra-se, hoje, fundamentada no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 e, na legislação infraconstitucional, através da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, lei que regulamenta tal dispositivo constitucional.

Dessa forma, apenas quando a Lei n.º 9.296 entrou em vigor, em 24 de julho de 1996, o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, foi finalmente regulamentado, propiciando a realização de interceptações telefônicas nos casos por ela indicados.

Antes do advento desta Lei, a utilização da interceptação telefônica, para fins de investigação criminal, elencada na Constituição Federal, era tema de grandes discussões, e causava fundadas divergências na doutrina e jurisprudência. Ficava evidente a necessidade da norma regulamentadora, pois a previsão infraconstitucional era apenas no Código Brasileiro de Telecomunicações, ou seja, precária.

Nesse contexto, e após o advento da Lei n. 9.296/96, que regulamentou o art.5º, XII da Carta Magna, as interceptações telefônicas são aceitas como lícitas e, portanto, admissível no processo como meio de provas, isso as interceptações telefônicas que obedecem aos requisitos impostos no ordenamento jurídico.

Dessa forma, pode-se dizer que as interceptações, diferente da interpretação dada antes do advento da Lei 9.296/96, poderão ser lícitas ou ilícitas. Serão lícitas quando atenderem aos requisitos legais, e serão ilícitas, quando os violarem. A interceptação não será aceita nas seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita

por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

A interceptação telefônica não deve ser utilizada em todos os tipos de processo, reservando-se apenas à investigação criminal e à instrução processual penal, conforme disposição Constitucional expressa.

Por fim, é importante destacar a importância deste instrumento no combate ao crime, em especial ao crime organizado, que se torna cada vez mais complexo, revestido de camuflagem, restando apenas à intromissão do Estado por meio da quebra do direito à privacidade das comunicações telefônicas, informática e telemática como única medida eficaz para alcançar os autores do crime.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 20 de Outubro de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. v. 4, 8. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24/07/1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GREGO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: Considerações Sobre a Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal**, Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n°37, jun. 1992.

JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12° ed. São Paulo: RT, 2013.