

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

MEIRIELE DE PAULA FONSECA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

**Três Pontas
2011**

MEIRIELE DE PAULA FONSECA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Evandro Marcelo dos Santos.

**Três Pontas
2011**

MEIRIELE DE PAULA FONSECA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Evandro Marcelo dos Santos.

Prof^ª. Camila Oliveira Reis.

Prof^ª. Raquel Monteiro Calanzani de Mattos.

OBS.:

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível. Aos meus pais João Messias e Lourdes, pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus colegas, professores, a minha família e ao meu namorado Tiago por terem ajudado na construção deste trabalho.

“São os homens e não as leis que precisam mudar. Quando os homens forem bons, melhores serão as leis. Quando os homens forem sábios, as leis, por desnecessárias, deixarão de existir. Mas isto, será possível somente, quando as leis estiverem escritas e atuantes no coração de cada um de nós.” – Hermógenes.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a interceptação telefônica, tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito infraconstitucional. Ocorre que antes de tecer comentários relacionados a disciplina constitucional e legal aplicáveis a matéria, faz-se mister conceituar e diferenciar o que vem a ser a interceptação, escuta e gravação telefônica, pois só assim será possível compreender o âmbito de incidência do permissivo constitucional relacionado as interceptações das conversas telefônicas. Após conceituar e diferenciar a interceptação telefônica das gravações e escutas telefônicas e ambientais passa-se a analisar o tratamento constitucional a ela dispensado, bem como a Lei nº 9.296/96, editado especialmente para regulamentar o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal que excepcionou o sigilo das comunicações, e permitiu o seu emprego para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ainda no âmbito da Lei nº 9.296/96 merece destaque o seu art. 10, que tratou de solucionar a problemática relacionada a repressão daqueles que violavam o sigilo das comunicações telefônicas, pois nesse artigo foi criado um tipo penal específico para conduta daquele que interceptar ao arrepio da lei comunicações telefônicas e também de quem quebrar o segredo de justiça inerente ao procedimento da interceptação. Por fim, busca-se apresentar as principais influências relacionadas ao processo penal, especialmente no que tange a matéria probatória, pois a interceptação telefônica é meio de prova, e como tal se submete a disciplina consagrada no Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Interceptação telefônica, tratamento constitucional e legal, influências da legislação processual penal.

ABSTRACT

The present work analyze the telephone interception, both within the constitutional framework and under infra. Occurs before that comment related discipline applicable constitutional and legal matter, implies the need to conceptualize and differentiate what comes to the interception, listening and recording device, because only then can we understand the scope of permissive incidence of related constitutional interceptions of telephone conversations. After conceptualizing and differentiate recordings of telephone interception and wiretapping and environmental is to examine the constitutional treatment accorded to it, as well as Law No. 9.296/96, edited specifically to regulate the art. 5, Paragraph XII of the Constitution that exceptional secrecy of communications, and allowed its use for purposes of criminal investigation or criminal procedure. Also within the scope of Law No. 9.296/96 your art deserves. 10, which tried to solve the problems related to repress those who violated the secrecy of telephone communications, as this article was created for a specific type criminal conduct of those who in defiance of the law to intercept telephone communications as well as those who break the secrecy inherent the procedure of interception. Finally, we seek to present the main influences related to the criminal process, especially when it comes to matters pertaining to evidence, because the interception is evidence, and as such undergoes discipline enshrined in the Code of Criminal Procedure.

Keywords: *Interception, treatment, constitutional and legal influences the criminal procedure law.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO DIREITO BRASILEIRO	11
2.1 Conceito e diferenciação entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica	11
2.2 Interceptação, escuta e gravação ambiental.....	14
2.3 Amplitude do vocábulo interceptação telefônica.....	16
3 A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	19
3.1 Direito ao sigilo das comunicações estatuído como garantia fundamental.....	19
3.2 O tratamento constitucional da interceptação e escuta telefônicas	20
3.3 Críticas ao dispositivo constitucional autorizador da interceptação telefônica..	24
3.4 Interceptação telefônica X intimidade.....	27
4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96	41
4.1 Comentários a Lei de Interceptação Telefônica	42
4.1.1 Pressupostos da interceptação telefônica.....	42
4.1.2 Procedimento da interceptação telefônica	51
5 O CRIME DE ESCUTAS TELEFÔNICAS NO BRASIL.....	59
6 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM FACE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	67
6.1 Do princípio da proporcionalidade.....	71
7 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

A interceptação telefônica foi contemplada no texto constitucional e foi regulamentada pela Lei nº 9.296/96, sendo certo que para sua exata compreensão faz-se mister conceituá-la e diferenciá-la das escutas, e gravações, sejam elas telefônicas ou ambientais, pois só assim poderá se compreender o exato sentido trazido pela legislação que a regulamentou. Deve-se também analisar o tratamento constitucional dedicado ao assunto, posto que não fosse ele, não seria possível utilizar a interceptação e também a Lei nº 9.296/96, pois foi ela que possibilitou a efetivação das interceptações telefônicas. Deve-se ainda compreender o tipo penal criado pela Lei nº 9.296/96 e as influências que a interceptação telefônica tem no cenário do direito processual penal.

A interceptação telefônica, apesar da semelhança existente, não pode ser confundida com a escuta e gravações telefônicas e ambientais, pois em relação as duas últimas a disciplina legal aplicável é diferente. Já em relação a escuta telefônica ela tem sido utilizada e tratada com o mesmo sentido da interceptação, logo, também compreendida no contexto da Lei nº 9.296/96. Mas de um modo geral deve-se entender como interceptação telefônica a captação e gravação de conversas telefônicas, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceiros, sem o conhecimento de qualquer um dos interlocutores.

Tendo em vista que a interceptação telefônica acaba por interferir no direito ao sigilo das comunicações, ela foi tratada no âmbito constitucional, art. 5º, inciso XII da Constituição Federal e contemplada como medida excepcional, pois a sua admissibilidade é restrita aos casos definidos na legislação e ainda, desde que seja para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No contexto das interceptações telefônicas não se pode deixar de analisar a Lei nº 9.296/96, pois ela regulamentou o preceito constitucional legitimador da interceptação e assim definiu os casos e a forma em que a interceptação será admitida como medida legítima em nosso ordenamento.

Ainda no contexto da Lei nº 9.296/96 merece destaque discorrer sobre seu art. 10, pois define como crime a conduta daquele que realiza interceptação telefônica em desrespeito a legislação e também de quem quebra o sigilo inerente ao procedimento da interceptação, também fora dos casos em que tal quebra seria admitida.

Por fim, faz-se a análise das implicações relacionadas ao processo penal, pois como meio de prova no âmbito processual, a interceptação telefônica recebe também influência das normas processuais penais em vigor.

2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO DIREITO BRASILEIRO

Ao adentrar no estudo da interceptação telefônica no sistema jurídico brasileiro vê-se que a matéria recebeu alguns delineamentos constitucionais e posteriormente foi regulada pela Lei nº 9.296/96.

Assim, deve-se analisar o tratamento constitucional atribuído a matéria, bem como trazer a lume a disciplina legal editada com base no texto constitucional, deve-se também apresentar alguns conceitos relacionados ao assunto, posto que exercem influência na compreensão dos demais pontos alistados e ao final tecer outros comentários, pois com isso será possível abordar de forma didática o tema.

2.1 Conceito e diferenciação entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica

Antes de adentrar no estudo da interceptação telefônica é indispensável apresentar os conceitos de interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica, pois trata-se de ponto crucial para a real compreensão da amplitude e dimensões que a matéria recebeu em nosso sistema constitucional. E ainda, porque as interceptações telefônicas uma vez realizadas dentro dos moldes definidos pela Constituição e pela Lei nº 9.296/96 possuem valor probatório.

Conforme já afirmado, detém relevância jurídica a distinção entre os tipos de captação de conversa por telefone ou entre presentes, por isso é importante identificar e conceituar cada um deles.

Sobre a interceptação telefônica é importante destacar o conceito apresentado pelo Dicionário de Língua Portuguesa Larousse Cultural, p. 532, a saber: “Interceptação é a ação ou efeito de interceptar, interceptação, interrupção do curso direto de alguma coisa”.

Merece destaque ainda o conceito apresentado pelo Dicionário da Língua Portuguesa Larousse Cultura, p. 532, para o verbo interceptar, a saber: “Interceptar é interromper no seu curso, fazer parar; pôr obstáculo a, impedir; apoderar-se de surpresa do que é enviado a alguém; cortar”.

Após apresentar o significado tradicional da palavra é indispensável evidenciar a ressalva trazida por Luiz Flávio Gomes ao tratar do assunto na sua obra *Interceptação Telefônica - Lei nº 9.296 de 24/07/96*, pois para ele a palavra interceptação não deve ser tomada em seu sentido lato ou corriqueiro como ato de interromper, obstaculizar, deter ou cortar, mas sim no sentido de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.

Diante dos conceitos apresentados vê-se que a interceptação telefônica, no contexto jurídico, não pode ser analisada de acordo com seu significado corriqueiro de interromper, deter, cortar, mas sim no sentido de se apoderar da mensagem que é enviada a alguém, ou seja, conhecer o conteúdo da conversa entre os interlocutores, e sem que eles tenham conhecimento da interceptação.

Para clarificar a questão é importante colacionar os ensinamentos de Alexandre de Moraes em sua obra *Direito Constitucional*, p. 53, ao dizer que “Interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”.

Aliás, deve-se ressaltar que apesar do sentido atribuído a interceptação não há como se negar que quando alguém corta uma comunicação telefônica está interceptando-a. Porém, considerando que o bem jurídico tutelado pela Constituição de 1988 é o sigilo das comunicações, o “interceptar” expressa principalmente “tomar conhecimento”, saber, descobrir, ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica. Por outro lado, é da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Assim, tem – se que interceptar comunicação telefônica é ter conhecimento de uma comunicação alheia, ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos interlocutores). Na interceptação existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado.

Como se vê na interceptação telefônica a captação e gravação da conversa telefônica ocorre sem que qualquer dos interlocutores tenha conhecimento de que sua conversa é ouvida por terceiro. E aqui é importante ressaltar que a interceptação telefônica é admitida em nosso sistema jurídico nas hipóteses estritamente definidas na legislação, sobre as quais nos ocuparemos mais adiante.

Lado outro, vê-se que na escuta telefônica a captação e gravação também é feita por um terceiro, só que essa gravação é feita como o conhecimento de um dos comunicadores. Sobre a escuta telefônica explica Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno em seu livro *Interceptação Telefônica*, p. 56, que “Tratando-se de espécie do gênero

interceptação telefônica, a escuta telefônica consiste na captação da conversa pelo interceptador quando um dos interlocutores tem conhecimento da interceptação”. Logo, na escuta telefônica, diferentemente da interceptação, um dos interlocutores tem conhecimento de que a gravação da conversa é realizada.

Assim, na escuta telefônica um dos interlocutores tem conhecimento da captação e gravação feita, assim como ocorre nos casos em que a polícia grava as ligações feitas pelo sequestrador à família da vítima. Esta situação é um típico exemplo de escuta telefônica.

A gravação telefônica é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Merece destaque as lições de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos, em sua obra Curso de Direito Constitucional, p. 74, ao dizerem que “Se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, tem-se a gravação clandestina”.

Sobre a gravação telefônica pode-se colacionar os ensinamentos encontrados no livro Direito Constitucional de autoria de Alexandre de Moraes, que a trata também como gravação clandestina dizendo que:

Diferentemente da gravação resultante de interceptação telefônica, as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com o seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza (MORAES, 2001, p. 81).

Como se vê, a gravação telefônica ocorre quando há a captação e gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, sem que o outro tenha conhecimento. Vale ressaltar que os autores acima citados entendem que estas gravações são ilícitas.

Agora, pode-se ver que as três formas de captação e gravação da conversa telefônica possuem diferenças, eis que na interceptação nenhum dos interlocutores tem conhecimento da gravação ao passo que, na escuta e gravação telefônica, apenas um dos interlocutores sabe que ela se realiza, nesse sentido tem-se os ensinamentos de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos em importante obra denominada Curso de Direito Constitucional dizendo que:

Há ainda, quem faça a seguinte distinção:

a) interceptação telefônica – nenhum dos interlocutores está a par da ocorrência:

b) escuta telefônica – quando a interceptação é realizada com o consentimento de um dos interlocutores (CHIMENTI, CAPEZ, ROSA, SANTOS, 2006, p. 74/75).

Como se vê a diferença básica entre interceptação e escuta telefônica está no fato de que na primeira nenhum dos interlocutores tem conhecimento sobre a interceptação, ao passo que na segunda apenas um deles (terceiro) sabe que a escuta é realizada e na conversa telefônica um dos interlocutores grava a sua própria conversa.

Nesse ponto, deve-se dizer que apesar da diferenciação apontada vê-se que vários doutrinadores tratam a interceptação e escuta telefônica como se fosse apenas um instituto dentre estes pode-se citar Alexandre de Moraes (Direito Constitucional), Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos (Curso de Direito Constitucional), dentre outros.

Quanto à gravação telefônica, ela se diferencia da interceptação e escuta telefônica, porque nela, um dos interlocutores faz a gravação, logo, na gravação telefônica, também chamada de gravação clandestina, não existe a figura do terceiro responsável pela interceptação, pois o interlocutor é o responsável pela captação e gravação da conversa.

Neste ponto, deve-se ressaltar que a admissibilidade da gravação telefônica em nosso sistema jurídico ainda é bastante discutida. Quanto a interceptação e escuta telefônica após o advento da Lei nº 9.296/96, houve o abrandamento das discussões relacionadas ao tema.

2.2 Interceptação, escuta e gravação ambiental

Após conceituar a interceptação, escuta e gravação telefônica, não se pode deixar de conceituar também a interceptação, a escuta e a gravação ambiental, pois se relacionam com o objeto de estudo do presente trabalho.

Apesar de parecer que a interceptação, a escuta e as gravações ambientais sejam totalmente diferentes daquelas realizadas sobre as conversas telefônicas, vê-se que essas formas de captação e gravação de conversas têm praticamente o mesmo sentido daquelas já conceituadas, todavia com a peculiaridade de se referirem as conversas não telefônicas, ou seja, incidem sobre as conversas pessoais. Assim, nesse contexto a captação e gravação ambientais não incidem em conversas telefônicas e sim em conversas pessoais.

Desse modo, pode-se dizer que a interceptação ambiental é aquela realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores; enquanto a escuta ambiental realiza-se

quando a captação da conversa não telefônica é feita por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e, quanto a gravação ambiental esta ocorre quando a captação da conversa não telefônica é efetuada por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro.

Sobre o assunto, merece destacar os ensinamentos de Lenio Streck, na magnífica obra denominada *As Intercepções Telefônicas e os Direitos Fundamentais*, a saber:

Denomina-se escuta ambiental quando a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiro, se faz com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores. Possui afinidade terminológica com a interceptação ambiental e escuta telefônica, mas se sujeita à mesma disciplina das interceptações ambientais. Como se observa nos exemplos citados pela doutrina e jurisprudência, as interceptações e escutas ambientais podem ser realizadas com gravador, não descaracterizando sua natureza da interceptação, “*lato sensu*” (STRECK, 1997, p. 101).

Tais distinções fazem sentido, pois a Lei nº 9.296/96 tipifica como crime a conduta daquele que faz a interceptação de conversas telefônicas sem autorização judicial e a partir disso, pode-se ver que não serão todos os tipos de captação e gravação de conversas que ensejarão eventual punição na esfera criminal se realizadas em desconformidade com os preceitos constitucionais e legais aplicáveis a espécie.

Nesse ponto, merece destaque também as lições de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno, no livro *Intercepção Telefônica*, a saber:

Intercepção telefônica em sentido amplo corresponde ao gênero, se subdividindo em três espécies:

Intercepção ambiental *stricto sensu*: um terceiro registra sons ou imagens envolvendo a conversa ou o comportamento de duas ou mais pessoas sem que haja o conhecimento destes. Exemplo: a autoridade policial, investigando a ação de quadrilha voltada ao tráfico, realiza filmagem, por dias sucessivos, da conduta dos criminosos vendendo drogas nas proximidades de uma escola, não tendo os traficantes, obviamente, ciência desse registro.

A escuta ambiental é a situação em que um terceiro registra sons ou imagens envolvendo duas ou mais pessoas, havendo, porém, o conhecimento de um dos envolvidos. Exemplo: a polícia registra, por meio de um transmissor eletrônico, o momento em que o fiscal de determinada prefeitura exige de um vendedor ambulante vantagem financeira para não apreender as mercadorias contrabandeadas, havendo nesse caso, o conhecimento da escuta pelo vendedor que, para tanto, portava microfone escondido sob as vestes.

Gravação ambiental é aquela que não conta com a presença de um terceiro. Na gravação um dos interlocutores capta a conversa ou o comportamento que mantém com outro, não havendo ciência deste último quanto a essa circunstância. Exemplo: policial disfarçado, portando uma microcâmera, que comparece no local onde determinado indivíduo falsifica documentos, registrando som e imagens da conversa mantida com ele (VASCONCELOS e MAGNO, 2011, p. 55/56).

Frente a tais ensinamentos fica claro que a interceptação, escuta e gravação ambiental, são aquelas realizadas sem o emprego de “grampo telefônico”. Os autores além de explicar e diferenciar as três situações, ainda exemplificam o que contribui para espancar quaisquer dúvidas quanto as diferenças existentes entre os institutos.

Ademais, essa diferenciação também guarda relevo quando se discute a admissibilidade das interceptações, escutas e gravações ambientais como meio probatório seja na seara penal ou em qualquer outro ramo do direito, pois elas batem de frente com o direito ao sigilo das comunicações assegurado explicitamente, na condição de garantia fundamental de todo cidadão brasileiro.

2.3 Amplitude do vocábulo interceptação telefônica

Após discorrer sobre os conceitos de interceptação, escuta e gravação telefônicas, bem como tratar da interceptação, escuta e gravação ambiental é imperioso delimitar qual a amplitude do conceito de interceptação telefônica, pois ao recorrer ao texto da Lei nº 9.296/96 vê-se que ela somente faz menção a interceptação telefônica.

Sobre o assunto, nota-se que o ponto de discussão reside na abrangência ou não da escuta telefônica pela Lei nº 9.296/96, pois quanto as gravações telefônicas e sobre as interceptações, escutas e gravações ambientais é pacífico o entendimento de que elas não foram contempladas pelo referido diploma legal.

Ao tratar da interceptação telefônica, deve-se enfatizar que vários doutrinadores entendem que interceptação se refere tanto na situação em que a captação e gravação da conversa telefônica é feita por terceiro sem o conhecimento dos comunicadores, quando um deles sabe da interceptação. Nesse prisma, tem-se os ensinamentos de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos em sua obra Curso de Direito Constitucional, p. 74, pois para eles “Entende-se por interceptação telefônica a captação da conversa por um terceiro sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com o conhecimento de um só deles... Há ainda quem faça a seguinte distinção: a) interceptação telefônica; b) escuta telefônica...”.

No mesmo sentido, estão as lições de Luiz Flávio Gomes, em sua obra Interceptação Telefônica. Senão veja-se:

(...) tanto pode o Juiz autorizar uma “interceptação” para descobrir prova num caso de tráfico de entorpecentes (e nesse caso tornar-se-ão conhecidas as comunicações telefônicas seja do suspeito, seja do outro comunicador), como pode permitir uma “escuta” num caso de seqüestro em que a família da vítima, obviamente, está sabendo da captação da comunicação. Não é porque um dos comunicadores sabe da ingerência alheia autorizada judicialmente que a lei deixa de ter incidência (GOMES, 2007, p. 97).

Como se vê, para Luiz Flávio Gomes a interceptação telefônica é tratada de modo a englobar também a escuta telefônica.

Por outro lado, parte da doutrina, representada por Vicente Greco Filho aduz que diante do conteúdo do art. 1º da Lei nº 9.296/96, a aplicação da referida lei restringe-se à interceptação telefônica “*stricto sensu*”, ou seja, às interceptações executadas com desconhecimento de ambos os interlocutores. Sustenta essa corrente que, tanto a escuta telefônica quanto a gravação clandestina estariam desacobertas pela previsão constitucional, sendo que no projeto original da lei previa-se a disciplina dessas situações, o que restou superado na edição da norma. Neste sentido deve-se colacionar os ensinamentos de Vicente Greco Filho em sua obra *Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*, pois ao discorrer sobre o tema ensina que:

A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua ilicitude, bem como a prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal) (FILHO, 2008, p. 07/09).

Diante dos ensinamentos do autor acima mencionado, vê-se que essa corrente, que defende a impossibilidade da abrangência da escuta telefônica pela Lei nº 9.296/96 embasa-se na idéia de que nesta situação estaria em jogo o direito a intimidade (porque um dos interlocutores tem ciência da gravação) e não do sigilo de dados e a ilicitude da devassa dos dados somente poderá ser verificada no caso concreto.

Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a Lei nº 9.296/96 abrange tanto a interceptação telefônica “*stricto sensu*” quanto a escuta telefônica, sendo certo que o vocábulo interceptação deve ser entendido em seu sentido lato.

Delimitar a amplitude do vocábulo interceptação telefônica trazido no bojo da Lei nº 9.296/96 detém grande importância, pois com isso será possível saber em quais situações é possível violar o sigilo das comunicações sob o pálio de referido diploma legal, sem correr o

risco de violar indevidamente o sigilo das comunicações assegurado na Constituição Federal como garantia fundamental ao indivíduo e ainda, sem violar injustamente a sua intimidade, direito fundamental relacionado.

Deve-se desde já enfatizar que o uso da interceptação telefônica somente é admitido em situações excepcionais, logo, quando seu emprego extrapolar os limites legais, esse exagero configura ato ilícito, por isso é importante delimitar o vocábulo para se evitar a possibilidade da prática de ato ilícito.

Ademais, a violação indevida do sigilo das comunicações pode, dependendo das circunstâncias configura fato típico, ensejador de punição na esfera penal, pois a Lei nº 9.296/96 define em seu art. 10 uma figura típica para reprimir aqueles que infringirem suas disposições. Sobre referido crime nos ocuparemos mais adiante.

Ainda sobre o assunto, deve-se ressaltar que a interceptação telefônica será utilizada como instrumento investigativo e como prova no processo penal, portanto a sua utilização divorciada do permissivo legal, certamente conduzirá a nulidade da investigação e não raro do próprio processo penal.

Logo, vê-se que é de suma importância conhecer a amplitude e extensão da palavra interceptação telefônica dentro do contexto legal, pois isso conduzirá a sua utilização dentro dos parâmetros legais, sem causar violação indevida aos direitos dos cidadãos e sem que se corra o risco de que a sua ilicitude possa macular toda uma investigação criminal ou até mesmo o processo penal instaurado para apuração do delito.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Após conceituar as formas de captação e gravação de conversas, sejam elas pessoais ou telefônicas, deve-se dedicar relevo ao tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 a matéria, pois está traçou os limites e a amplitude para que o legislador infraconstitucional pudesse regulamentar o instituto.

3.1 Direito ao sigilo das comunicações estatuído como garantia fundamental

O legislador constituinte, devido à importância e relevo da matéria, houve por bem tratar da interceptação telefônica no bojo da Constituição Federal de 1988.

Nesse ponto, deve-se destacar o texto constitucional:

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:

I- Omissis

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 (Vide Constituição Federal de 1988).

Diante do texto alhures, vê-se que a Constituição Federal estabelece como inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Como se vê, o legislador constituinte estabelece o sigilo de todas as comunicações como regra em nosso sistema constitucional e traz apenas uma ressalva, referente a possibilidade da violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ocorre que, mais do que à inviolabilidade das comunicações, a Constituição Federal de 1988 erigiu essa inviolabilidade ao patamar de garantia fundamental, pois tratou do assunto, dentro do seu título II, denominado de Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Assim, não restam dúvidas de que o legislador constituinte dispensou especial proteção ao sigilo das comunicações, pois este reflete sobre outros direitos assegurados no seio da Carta

Magna de 1988, especialmente no que se refere ao direito a sigilo das comunicações e ao direito fundamental da intimidade.

Sobre o assunto, traz-se a lume as lições do mestre José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pois ao tratar da segurança das comunicações pessoais explica que:

Trata-se de garantia constitucional que assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo (SILVA, 2008, p. 438).

Diante dos ensinamentos do mestre José Afonso da Silva, pode-se ver que apesar da condição de garantia fundamental atribuída ao sigilo das comunicações, a Constituição da República não a disciplinou de forma absoluta, pois contemplou hipótese em que será admitida a relativização do sigilo das comunicações, especificamente sobre o sigilo das comunicações telefônicas, em situações excepcionais.

É dentro dessa exceção ao sigilo das comunicações telefônicas que se insere a interceptação e a escuta das conversas telefônicas, pois elas só são admitidas em situações extraordinárias em nosso sistema jurídico em vigor.

3.2 O tratamento constitucional da interceptação e escuta telefônicas

Conforme já salientado, em matéria de sigilo das comunicações, o legislador constituinte trouxe uma exceção à regra, qual seja a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas. Sobre o assunto, merece destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, a saber:

Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem e interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O “objeto de tutela é duplice: de um lado, a liberdade

de manifestação de pensamento; de outro, o segredo, como expressão do direito à intimidade” (SILVA, 2008, p. 438).

Aliando-se aos ensinamentos de José Afonso da Silva, conclui-se que a situação extraordinária prevista na parte final do art. 5º, inc. XII da Constituição Federal de 1988 admite, para fins de investigação criminal ou para instrução processual penal, a violação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que seja precedida a medida, também de ordem judicial.

Com tal afirmação, verifica-se como foi delineado o tratamento da interceptação telefônica no bojo constitucional, pois ela se insere como exceção a garantia de sigilo das comunicações, ou seja, a interceptação do sigilo das comunicações telefônicas é uma forma de violar o seu sigilo e é admitida apenas em casos especiais definidos na legislação.

Seguindo os ensinamentos do mestre José Afonso da Silva, acima citado, pode-se concluir também que, mesmo na situação excepcional, ou seja, na exceção a regra do sigilo das comunicações, a Constituição tratou de estabelecer limitações ao seu emprego, pois seu uso só é admitido, quando precedida de ordem emanada do Poder Judiciário, na forma e dentro dos limites traçados na legislação, ou seja, para fins de investigação ou instrução processual penal.

A ressalva constitucional quanto à possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas encontra guarida em nosso sistema jurídico, pois é pacífico o entendimento em nossa doutrina de que nenhum direito é absoluto.

Diante disso fica claro que a Constituição Federal apesar da preocupação com a tutela da inviolabilidade das comunicações, houve por bem ressaltar a hipótese de sua utilização para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, após a prévia autorização judicial.

Ademais, a Constituição Federal determinou que a interceptação telefônica somente será admitida para fins penais e processuais penais, e desde que feita dentro dos limites que a legislação infraconstitucional ditasse. Esse, aliás, é outro ponto que merece destaque.

A norma constitucional ao estabelecer a possibilidade de relativização do sigilo das comunicações telefônicas determinou que tal prática somente será aceita, desde que efetuada por meio de ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, inc. XII da Constituição Federal de 1988).

Diante do texto legal infere-se que o legislador constituinte somente admite a captação e gravação das conversas telefônicas desde que realizada dentro dos limites que a

legislação constitucional estabelecer. Logo, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, sendo certo que somente após a edição de lei infraconstitucional regulando a matéria é que seu emprego é permitido. Nesse sentido, merece destaque as palavras de Alexandre de Moraes contidas em seu livro *Direito Constitucional*, p. 07, pois ele diz que: “...normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade...”.

A regulamentação da norma constitucional em epígrafe (art. 5º, inc. XII, parte final da Lei Fundamental), somente ocorreu em 1996, com a edição da Lei nº 9.296/96 disciplinando a matéria, logo, até esse momento não eram admitidos quaisquer tipos de captação e gravação de conversas telefônicas, sob o pálio da regra constitucional epigrafada.

Tendo em vista que o legislador constituinte se preocupou de forma extraordinária com a garantia do sigilo das comunicações telefônicas, ele estabeleceu limites para o seu emprego e sobre esses limites são pertinentes os ensinamentos de Alexandre de Moraes encontrados em sua magistral obra *Direito Constitucional*:

Nos casos de interceptações telefônicas, a própria Constituição Federal, no citado inciso XII, do art. 5º, abriu uma exceção, qual seja, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos:

- ordem judicial;
- para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (MORAES, 2001, p. 78).

Diante dos ensinamentos de Alexandre de Moraes é de se ver que o permissivo constitucional para as interceptações telefônicas não alargou o seu campo de incidência, sendo certo que ela somente tem cabimento para fins penais e desde que autorizada judicialmente e ainda, dentro dos parâmetros que a legislação infraconstitucional, no caso a Lei nº 9.296/96, estabelecer.

Aqui, ainda que de forma simplificada deve-se discorrer sobre os três requisitos elencados pela Carta Magna de 1988 para o emprego da interceptação telefônica, pois com isso será possível compreender em quais situações a Constituição Federal de 1988 permite o emprego dessa medida extraordinária.

O legislador constituinte estabeleceu que a interceptação depende de ordem judicial, isso quer dizer que, somente o Poder Judiciário poderá autorizar a interceptação.

Nesse ponto, deve-se enfatizar que a Constituição estabeleceu o controle prévio pelo Poder Judiciário, pois antes da interceptação deverão os magistrados, enquanto

representantes do Poder judiciário avaliar e decidir diante de cada caso concreto se tem cabimento a decretação da interceptação telefônica, com a consequente violação a regra do sigilo das comunicações.

O segundo requisito liga aos fins para os quais se admite a interceptação telefônica. Ficou estabelecido que, somente para o fim de investigação criminal ou para instrução processual penal é que se permite o emprego da interceptação telefônica. Com isso, somente se admite a decretação da medida extraordinária, quando ela tiver o escopo de auxiliar na investigação de crimes ou quando for servir como prova na relação processual penal instaurada pelo Estado para o exercício do seu “*jus puniend*”. Esse requisito foi consagrado no texto da Lei Magna, especialmente em seu art. 5º, inciso XII.

Como último instrumento delimitador da exceção, estabeleceu a Carta Fundamental (art. 5º, inciso XII) que a interceptação somente será aceita nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Com essa regra o constituinte atribuiu ao legislador ordinário a responsabilidade de definir em quais hipóteses e qual forma deverá obedecer a interceptação telefônica. Essa disposição impossibilitou a eficácia imediata da regra constitucional, pois somente após a regulamentação do dispositivo pela lei ordinária é que se pôde utilizar a interceptação telefônica. Assim, além dos limites constitucionais estabelecidos, a decretação da interceptação telefônica deve obedecer ainda o que a lei dispuser sobre o assunto. Mas adiante serão apresentados comentários relacionados a Lei nº 9.296/96.

Em nosso sistema jurídico, a possibilidade de interceptação telefônica, apesar de prevista no texto constitucional de 1988 somente pôde ser efetivada após oito anos da vigência da Constituição, pois somente em 24 de julho de 1996 foi editada a lei ordinária tratando de estabelecer as hipóteses e a forma que deveria ser obedecida pelas interceptações telefônicas.

Após o advento da Lei nº 9.296/96 é plenamente cabível o emprego da interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, como delimitado no preceito constitucional em análise.

Por todo o exposto, é de se concluir que a interceptação telefônica é uma exceção em nosso sistema constitucional e somente tem cabimento quando respeitados os limites impostos pela Lei Fundamental e ainda, desde que esteja de acordo com as hipóteses e as formas definidas na Lei nº 9.296/96.

3.3 Críticas ao dispositivo constitucional autorizador da interceptação telefônica

Conforme já salientado, o dispositivo constitucional que trata do sigilo das comunicações, e já destacado anteriormente no tópico 3.1 do presente, onde foi tratado da garantia fundamental do sigilo das comunicações, traz também a previsão das interceptações telefônicas em forma de exceção.

O dispositivo constitucional contempla em sua parte final a admissibilidade da interceptação telefônica e estabelece que ela só tem cabimento em situações excepcionais e ainda, desde que dentro dos limites estabelecidos pela legislação.

Ocorre que, apesar do tratamento constitucional o texto de referido dispositivo recebe severas críticas doutrinárias, pois dá ensejo a várias interpretações, o que para alguns torna insegura a efetivação da regra constitucional, pois não se pode saber sem sombra de dúvidas qual a real intenção do legislador constituinte sobre o tema.

No presente trabalho, busca-se trazer as principais críticas relacionadas as interceptações telefônicas, pois não é possível esvaziar o assunto, tão pouco é pertinente no presente trabalho.

A primeira crítica que se pode identificar é no sentido de que houve um exagero na proteção ao sigilo das comunicações telefônicas, de forma que não seria sequer admitida violação ao segredo das comunicações estatuído. Senão veja-se.

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

Sob o argumento de que a permissão para violar o sigilo, mesmo sob autorização judicial, para investigação de crimes, significa porta para abuso de autoridades, alguns juristas têm emitido a opinião de que o texto “*sub studio*” veda o acesso a qualquer tipo de informação, descrita no texto como dados. Ora, o inciso analisado trata de matéria recorrente no ordenamento jurídico nacional, que sempre assegurou a livre manifestação de pensamento quando estiver este em transmissão sobre as mais variadas modalidades. A entender-se, como

querem alguns, que o inciso determina a inviolabilidade não só das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, mas também dos dados quando estáticos, não haveria nenhuma possibilidade de quebra de sigilo, visto que dado significa informação, e toda comunicação é uma troca de informações. Sob esse aspecto, toda investigação que usasse como prova alguma informação material colhida do réu, mesmo sob ordem judicial, seria considerada ilícita. Essa é a opinião esposada por Celso Ribeiro Bastos em seu livro *Comentários à Constituição do Brasil*, que merece destaque:

De logo faz-se mister tecer críticas a impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações telefônicas seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sob dados. Mas, pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade de empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para a comunicação de dados contábeis (BASTOS, 1998, p. 73).

Diante dos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, pode-se ver que existe corrente doutrinária no sentido de que é inadmissível em nosso meio jurídico qualquer tipo de violação ao sigilo das comunicações, pois conforme dito pelo autor, “dado significa informação”, logo em uma conversa telefônica são transmitidos dados, e assim, se a Constituição determina em seu art. 5º, inciso XII que “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”, vê-se que, em ostentando as informações transmitidas por intermédio do telefone a condição de “dado”, seriam elas também invioláveis a qualquer pretexto, conforme preconizado no texto da Lei Magna. Apesar das considerações fazerem sentido este, todavia, não é o entendimento que tem prevalecido na atualidade. Veja-se.

Deve-se então, para entender o significado da norma, enfatizar que existem formas distintas de comunicação, dentre elas tem-se a forma escrita, telegráfica e telefônica, dentre outras. Todas as formas de comunicação são trocas de dados. A Constituição Federal, no inciso em questão, autoriza a quebra do sigilo somente para a última forma, ou seja, para a transmissão telefônica de dados no caso de comunicação verbal entre pessoas, ou seja, somente a conversa falada pode ser interceptada legalmente.

Assim, não pode prevalecer o entendimento que defende a inviolabilidade de quaisquer dados, pois o legislador pátrio ao normatizar a proibição de violação do sigilo de dados, que é forma de comunicação, fez expressa ressalva quanto as conversas telefônicas.

Assim não se pode sustentar a inviolabilidade absoluta de quaisquer dados, até mesmo, porque é sabido que não existem direitos absolutos, como afirma Raimundo Amorim Castro em seu livro *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*.

Quanto aos demais dados, deve-se afirmar que a ressalva constitucional não os abrange, pois a comunicação telefônica, entre aparelhos moduladores-demoduladores de sinais codificados (usados, por exemplo, para troca de informações entre computadores ligados em rede, via modem, por linha telefônica) não é passível de autorização para quebra de sigilo. Somente as conversas telefônicas são passíveis de interceptação dentro dos limites traçados pela lei em vigor.

Nesse ponto, pertinentes se fazem os ensinamentos de Lenio Luiz Streck, em sua obra *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*, pois defende a possibilidade de violação das conversas telefônicas dentro dos moldes definidos pela Constituição Federal de 1988. Senão veja-se:

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XII, assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Essa inviolabilidade foi, pois, erigida à condição de garantia fundamental do cidadão, além de ser cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição. A mesma Constituição, porém, estabeleceu exceções a essa vedação de violação da privacidade do cidadão. Com efeito, conforme o comando contido no inciso XII do artigo 5º, nas hipóteses e na forma que lei ordinária venha a especificar, é possível efetuar interceptações de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução penal (STRECK, 2001, p. 17).

Logo, seguindo os ensinamentos do mestre epigrafado, pode-se resumir a questão, e inferir que: a toda informação em trânsito, seja por via de correspondência ou comunicação telegráfica ou telefônica é assegurada a inviolabilidade do sigilo, salvo no caso de comunicação telefônica verbal, pois está em situações excepcionais poderá sofrer violação. Isso se impõe, pois apesar do sigilo ter sido erigido como garantia fundamental, poderá ser quebrado, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e desde que seja precedida a quebra do sigilo de ordem emanada do Poder Judiciário. Essa é uma forma bem mais racional de reduzir a escrito a intenção do legislador.

Outra crítica sobre o dispositivo constitucional está ligada a necessidade de prévia autorização judicial para a decretação da medida.

Conforme já salientado, ao exagerar na garantia da privacidade e intimidade, o legislador constituinte incidiu em um primarismo populista, em que equiparou o cidadão inserido na comunidade e que deve ser protegido dos abusos de um Poder Executivo

autoritário, ao marginal, ao subversivo e, sobretudo ao integrante do crime organizado que necessita ser investigado, pois muito pouco espaço foi deixado ao legislador ordinário para autorizar investigações criminais com sacrifício da privacidade, pelo princípio da proporcionalidade.

O legislador pátrio, preocupado com os abusos e arbitrariedades praticados no período anterior, ou seja, onde imperou a “ditadura militar”, exagerou na dose de proteção ao sigilo de comunicação, tendo acabado por dispensar o mesmo tratamento aqueles que não se envolvem com a criminalidade aos que nela estão ligados. Tal assertiva se justifica, pois ao analisar o pequeno campo de atuação deixado ao legislador infraconstitucional em matéria de interceptação telefônica, outra conclusão não pode ser retirada.

A Carta Magna de 1988 permite, apenas, a interceptação telefônica (e nenhuma outra modalidade de interceptação), desde que para fins penais ou processuais penais e somente quando autorizada pelo Judiciário.

A Lei nº 9.296/96 instituiu um procedimento especial para a interceptação em busca da obtenção de prova, de caráter preparatório, mas sem contraditório, a ser processado em autos apartados e em segredo de justiça. Referido diploma legal ainda elencou outros requisitos que devem ser cumpridos ao lado daqueles trazidos pela constituição para a autorização da medida. Logo, pode-se ver que as situações em que será admitida a interceptação telefônica são restritas e que o constituinte acabou por equiparar o cidadão honesto e alheio ao crime, aquele que vive na criminalidade, pois o sigilo telefônico do último, somente poderá ser quebrado em situações excepcionalíssimas; regra que deveria imperar apenas para aqueles que não se envolvem na criminalidade.

Pelo exposto, pode-se ver que o texto constitucional carrega algumas impropriedades que lhe proporciona críticas, dentre as quais algumas foram citadas, mas que se sabe existem outras, porém de menor importância para o presente estudo.

3.4 Interceptação telefônica X intimidade

A Constituição de 1988 consagrou o sigilo das comunicações como garantia fundamental do indivíduo e esse tratamento está relacionado ao direito à intimidade, tratado como direito fundamental e indispensável pela Carta Magna de 1988. Ocorre que, o legislador constituinte estabeleceu exceção à regra do sigilo das comunicações,

especificamente quanto ao sigilo das comunicações telefônicas, qual seja a possibilidade da interceptação das conversas telefônicas em situações restritas. Desse modo, busca-se por hora, analisar se essa exceção afronta ou não o direito a intimidade também assegurado no texto constitucional e com esse escopo, passa-se a tecer alguns comentários.

O direito a intimidade está previsto no art. 5º, inc. X da Constituição Federal, a saber:

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:

I- Omissis

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Vide Constituição Federal de 1988).

O dispositivo constitucional ao tratar da inviolabilidade da intimidade, tratou dessa proteção de forma isolada, ou seja, separada da proteção a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Sobre este aspecto convém colacionar os ensinamentos de José Afonso da Silva em sua magistral obra Curso de Direito Constitucional Positivo:

O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito a privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquela, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas, que trataremos, por isso, em tópicos apartados (SILVA, 2008, p. 206).

Diante dos ensinamentos do mestre acima citado pode-se concluir que o legislador constituinte dispensou tamanha atenção ao direito a intimidade, que o tratou de forma independente frente as demais formas de manifestação da privacidade. É de se ver que o direito a intimidade mereceu atenção especial em nosso sistema jurídico, somente podendo sofrer limitações em situações excepcionais.

Apesar da regra de inviolabilidade da intimidade, sabe-se que nenhum direito ou garantia assegurados são absolutos, pois em algumas situações onde interesses de maior significação estejam em jogo, será admitida a relativização do direito. Nesse sentido, encontra-se a doutrina de Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional e de Raimundo Amorim de Castro, em seu livro Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas, pois para eles os direitos e garantias estatuídos não são absolutos e podem sofrer limitações.

Nesse ponto, convém destacar os ensinamentos de Raimundo Amorim de Castro, em seu livro *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, pois para o autor:

Os direitos fundamentais não são absolutos nem limitados, não o são na sua dimensão subjetiva, uma vez que as regras constitucionais não remetem para o arbítrio do detentor determinação do âmbito nem os aspectos satisfatórios do respectivo interesse. Isto pode afirmar que nem mesmo no auge do individualismo liberalista, os direitos fundamentais eram absolutos, tendo em vista que os direitos de cada um tinham como limite a reciprocidade de assegurar os mesmos direitos aos demais.

Também não são absolutos, no ponto de vista axiológico constitucional, sendo que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto de valores comunitários (CASTRO, 2010, p. 127).

Diante de tais ensinamentos pode-se asseverar que, nem mesmo no período individualista de nossa história consagraram-se direitos individuais absolutos, e isso não ocorreria atualmente, afinal, o interesse social, do grupo, também é tutelado pelo legislador constituinte. Assim se afigura legítima a exceção contemplada em referido preceito constitucional.

Ultrapassado esse ponto, vem à tona a discussão sobre a afronta ou não a intimidade pelas interceptações telefônicas. Nesse ponto, deve-se esclarecer que, apesar de ser assegurada a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem das pessoas, tal garantia não é absoluta, sendo certo que comporta limitações e assim as interceptações telefônicas não devem ser vistas como afrontosas a referido direito.

Conforme salientado acima, a Constituição Federal garantiu a inviolabilidade das comunicações, pois o sigilo das comunicações se relaciona com o direito a intimidade, também resguardado no bojo do texto constitucional, mas ela não o fez de forma absoluta, pois trouxe expressamente a ressalva quanto ao cabimento da interceptação telefônica em situações excepcionais. Assim, não há que se falar em afronta ao texto constitucional, pois ele trouxe previsão expressa nesse sentido. Veja-se o texto legal:

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:

I- Omissis

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 (Vide Constituição Federal de 1988).

Diante do texto epigrafado, resta límpido que o legislador constituinte quis certamente tutelar o direito a intimidade, bem como resguardá-la com o sigilo das comunicações de um modo geral, mas também pode-se ver que o constituinte não se esqueceu que os direitos não são absolutos, e dessa forma, atento também a outros interesses importantes, especialmente quanto a necessidade de investigação de crimes, estabeleceu a ressalva, admitindo a interceptação telefônica.

Pelo exposto, é imperioso concluir que a interceptação telefônica foi autorizada em nosso ordenamento jurídico e por isso, quando empregada dentro dos parâmetros da autorização constitucional não há como se falar em afronta ao direito a intimidade.

Ademais, em se tratando da análise de duas normas constitucionais é sabido que quando principia alguma eventual contradição entre as normas de uma constituição deve-se buscar interpretá-las de forma a assegurar o conteúdo e validade de ambas, pois não se deve admitir a possibilidade de existir normas constitucionais sem sentido. Ainda, deve-se buscar, com a interpretação sistemática, descobrir o sentido de ambas as normas constitucionais de forma a compatibilizá-las.

Desse modo, não há que se falar que a interceptação telefônica seja uma afronta a intimidade, pois, desde que ela seja utilizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador constituinte e em respeito à legislação infraconstitucional que lhe é aplicável, não se concebe qualquer violação a intimidade.

Na oportunidade, deve-se, contudo, ressaltar que a interceptação telefônica não se constitui em afronta ao direito a intimidade, quando empregada nos moldes definidos pela Constituição Federal e da legislação infraconstitucional que lhe é aplicável. Mas, se a interceptação telefônica for empregada fora das hipóteses que o constituinte a autorizou, ela aí sim se constituíra em clara e inaceitável afronta, não só ao direito a intimidade, como também, ao próprio sigilo das comunicações e ainda, estará eivada de ilicitude para quaisquer fins, sejam eles referentes as investigações ou como meios de prova no processo penal. De um modo geral os elementos obtidos com interceptações implementadas em desrespeito as determinações legais não terá serventia alguma no mundo jurídico.

Por todo o exposto, vê-se que a interceptação telefônica recebeu amparo constitucional, sendo certo que sua admissibilidade foi tratada em caráter de exceção, pois o legislador constituinte traçou os parâmetros para sua utilização, de forma que, ela só é válida quando utilizada dentro dos moldes definidos pela Assembléia Nacional Constituinte. Seu emprego em situações não autorizadas pela Constituição culminará com a sua ilicitude e inadmissibilidade para quaisquer fins em nosso ordenamento.

De outra banda, deve-se enfatizar que no universo do sigilo das comunicações a interceptação telefônica não é a única forma encontrada para quebrá-lo, sendo certo também que as gravações clandestinas, bem como as interceptações, escutas e gravações ambientais podem constituir afronta ao sigilo e a intimidade. Assim, merece dedicar espaço a elas, pois não foram abrangidas pela regra constitucional, como já enfatizado alhures, tampouco pela Lei nº 9.296/96, o que tem causado sérias discussões a seu respeito.

Ao tratar da violação a intimidade, deve-se dar enfoque aos ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior, em sua obra *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, pois afirma que:

Na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada (COSTA JUNIOR, 1995, p. 34).

O direito a intimidade, conforme enfatizado por Paulo José da Costa Junior é protegido em dois momentos. Em um momento antecedente, a proteção se constitui em uma reação à interferência ilícita na intimidade, almejando evitar que ela seja devassada, por exemplo, por meio de "grampos telefônicos". No que toca ao momento posterior, a reação vira-se contra a divulgação indevida da intimidade alcançada legitimamente. No primeiro momento, a proteção dirige-se a terceiros; no segundo, dirige-se ao destinatário do fato íntimo.

Se a violação à intimidade ocorre no segundo momento, ou seja, quando é divulgado um fato íntimo que se alcançou legitimamente (por exemplo, no caso do destinatário de uma carta contendo segredo) a repulsa do ordenamento jurídico é menos severa do que quando a violação ocorre no primeiro momento. Tanto é assim que, naquela violação, a lei costuma excluir a ilicitude da conduta quando há "justa causa" para divulgação do fato íntimo.

Nesse ponto é imprescindível colacionar o texto legal, pois o Código Penal Brasileiro, em seu art. 153 tipifica a conduta, desde que não esteja presente a justa causa. Senão veja-se:

Art. 153 Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:
Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa (Vide Código Penal)

Diante de tal dispositivo vê-se que somente existe a conduta típica da divulgação do conteúdo de uma correspondência particular quando estiver ausente a justa causa. A doutrina costuma arrolar a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública como exemplo de justa causa para a divulgação do conteúdo de correspondência. Assim, vê-se que no caso da divulgação de um segredo, deve-se antes de qualquer coisa analisar se existe justa causa, pois se ela existe a divulgação será considerada legítima.

Por envolver a captação por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, a interceptação telefônica choca-se com o primeiro momento do direito à intimidade, nos moldes apresentados por Paulo José da Costa Junior. Por outro lado, a escuta (captação que se dá com a autorização de um dos interlocutores) e a gravação (captação por um dos interlocutores) atingem o direito à intimidade no momento subsequente, mas desde já deve ficar a ressalva de que a interceptação telefônica somente afronta a intimidade quando utilizada ao arrepio da lei.

Assim a interceptação só pode ocorrer se houver autorização judicial. Em relação a gravação telefônica a autorização judicial é dispensada, pois caso exista justa causa, ela poderá ser realizada. A justa causa assim é elemento indispensável para a configuração do tipo penal definido no art. 153 do Código Penal. E também por que a simples interceptação (mesmo sem divulgação do conteúdo captado) é crime, se for realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/96). Ao passo que, se não houver divulgação do conteúdo ou havendo justa causa para a divulgação, a gravação, mesmo que sem autorização do Poder Judiciário não se afigurará como crime, pois dispensam tal autorização judicial (art. 151, § 1º, II, do Código penal).

Sobre o assunto convém trazer a lume o disposto no art. 10 da Lei nº 9.296/96:

Art. 10 Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (Vide Lei 9.296/96)

Diante desse tipo penal, fica claro que o legislador brasileiro dispensou maior atenção ao primeiro momento do direito a intimidade, pois ao criminalizar a conduta daquele que o violasse, foi bastante abrangente, eis que estatui como crime a conduta de quem “realizar a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. Assim não importa se existe ou não algum motivo, ainda que justo, para a violação, pois a falta de

autorização judicial ou o desrespeito a autorização dada pela lei, já são suficientes para a configuração do crime de escuta telefônica ou interceptação telefônica.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que a preocupação do legislador com a tutela do primeiro momento da intimidade (reação à interferência ilícita na intimidade, almejando evitar que ela seja devassada) foi sem dúvida maior do que no momento posterior, pois caso falte a autorização judicial, ainda que, se trate de uma hipótese em que a interceptação seria admitida, o crime ocorrerá e do mesmo modo, caso seja autorizada judicialmente a interceptação, mas com desrespeito ao permissivo constitucional e legal, o crime também estará configurado.

Assim, fica claro que a preocupação com a devassa da intimidade é muito maior do que com a simples divulgação do conteúdo de um segredo.

Ultrapassado esse ponto, deve-se dar enfoque sobre a aceitação da interceptação, escuta e gravações telefônicas em nosso país.

A questão está longe de ser pacífica, havendo divisão na doutrina e na jurisprudência. Quanto a admissibilidade da interceptação telefônica, após a edição da Lei nº 9.296/96 não persistem maiores dúvidas, pois referida legislação tratou de regular a questão, logo trata-se de ponto pacífico no meio jurídico, conforme enfatizado por Vicente Greco Filho, em sua obra *Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*, dentre outros. Por outro lado, quanto a admissibilidade da escuta e da gravação clandestinas a discórdia persiste, pois a Lei nº 9.296/96 não tratou delas expressamente.

Sobre a escuta telefônica tem prevalecido o entendimento de que ela é aceita, posto que está inserida no contexto da interceptação telefônica, se analisada em seu sentido lato. Nesse sentido, encontram-se as lições de Raimundo Amorim de Castro em sua obra *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, pois ao tratar da diferenciação entre interceptação telefônica, escuta e gravação clandestina, acabar por afirmar que:

A Carta Constitucional de 1988 inseriu expressamente a interceptação telefônica, no art. 5º, inc. XII, reza:

Art. 5º [...]

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;

Abrange a interceptação feita por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com o conhecimento de um deles. Ficou excluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade do inc. X do mesmo dispositivo constitucional (CASTRO, 2010, p. 137).

Diante dos ensinamentos do autor acima fica claro que a escuta telefônica se insere no âmbito das interceptações e como tal, é admitida em nosso ordenamento jurídico.

Deve-se ressaltar também que já está consagrado o emprego até mesmo da expressão escuta telefônica em nossos tribunais como sinônimo de interceptação telefônica. Nesse sentido, merece destaque dois informativos do Superior Tribunal de Justiça, onde o emprego do vocábulo “escuta telefônica” está no mesmo sentido de interceptação telefônica. Senão veja-se:

INFORMATIVO Nº 0380

PAD. AÇÃO PENAL. COMPARTILHAMENTO. PROVA.

A Seção denegou a ordem, julgando no sentido do cabimento no processo administrativo disciplinar (PAD), como prova emprestada da ação penal, da utilização de extratos de escutas telefônicas colhidas, mesmo sem contraditório, no juízo criminal, que teriam embasado a conclusão da comissão processante, porquanto este Superior Tribunal tem entendido que, sendo tal prova requerida nos termos da Lei n. 9.296/1996 e respondendo o servidor também a processo na esfera criminal, inexistente nulidade do PAD. Precedentes citados do STF: HC 83.515-RS, DJ 4/3/3005; do STJ: MS 11.965-DF, DJ 18/10/2007; MS 9.212-DF, DJ 1º/6/2005, e MS 7.024-DF, DJ 4/6/2001. MS 13.501-DF, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 10/12/2008.

INFORMATIVO Nº 0357

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA.

Trata-se de *habeas corpus* em que se busca o trancamento de inquérito policial instaurado contra o paciente, visto que tal procedimento iniciou-se com a interceptação telefônica fundada exclusivamente em denúncia anônima. A Turma, por maioria, entendeu que, embora apta para justificar a instauração do inquérito policial, a denúncia anônima não é suficiente a ensejar a quebra de sigilo telefônico (art. 2º, I, da Lei nº 9.296/1996). A delação apócrifa não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária; é mera notícia vinda de pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do CP). Assim, as gravações levadas a efeito contra o paciente, por terem sido produzidas mediante interceptação telefônica autorizada em desconformidade com os requisitos legais, bem como todas as demais provas delas decorrentes, abrangidas em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, adotada pelo STF, são ilícitas e, conforme o disposto no art. 5º, LVI, da CF/1988, inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação. Contudo, entendeu-se que é temerário fulminar o inquérito policial tão-somente em virtude da ilicitude da primeira diligência realizada. Isso porque, no transcurso do inquérito, é possível que tenha ocorrido a coleta de alguma prova nova e independente levada por pessoa estranha, ou seja, sem conhecimento do teor das escutas telefônicas. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória inviável em sede de *habeas corpus* e a autoridade policial pode recomeçar as averiguações por outra linha de investigação, independente da que motivou a instauração do inquérito, ou seja, a denúncia anônima, tendo em vista que o procedimento ainda não foi encerrado, quer por indiciamento quer por arquivamento. Com esses fundamentos, concedeu-se parcialmente a ordem de *habeas corpus*. Precedentes citados do STF: Pet-AgR 2.805-DF, DJ 13/11/2002; RHC 90.376-RJ, DJ 18/05/2007; do STJ: HC 44.649-SP, DJ 8/10/2007; HC 38.093-AM, DJ 17/12/2004, e HC 67.433-RJ, DJ 7/5/2007. HC 64.096-PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/5/2008.

(Disponível em

<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre+=escuta+e+telefonica&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>). Acesso em 17 de janeiro de 2010.

Diante de tais informativos, fica claro que até mesmo nossos tribunais já empregam as expressões escuta telefônica e interceptação telefônica como sinônimas. Assim não existem dúvidas quanto a admissibilidade da escuta telefônica, pois prevalece o entendimento de que ela esta compreendida na disciplina das interceptações telefônicas.

A respeito do uso das gravações clandestinas, merece destacar as lições de Vicente Greco Filho expressadas em sua obra *Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*, pois o autor enfatiza que “o sigilo existe em face de terceiros e não dos interlocutores, que podem divulgar a conversa desde que haja justa causa, podendo, neste caso, tal gravação servir como prova, em processo, tanto para a acusação quanto para a defesa”. Aqui convém destacar os ensinamentos do autor:

(...) 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.

A problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou vídeo gravação oculta, da escuta a distância etc. e não tem a ver com interceptação telefônica.

(...). Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal) (GRECO FILHO, 2008, p. 06/09).

Diante das lições de Vicente Greco Filho pode-se dizer que a admissibilidade da gravação clandestina dependerá de cada caso concreto, pois ela depende da verificação da existência de justa causa para seu emprego e isso só poderá ser concretizado diante de cada situação considerada individualmente.

Ada Pellegrini Grinover ao tratar do assunto em sua obra *Novas Tendências do Direito Processual*, manifesta outro posicionamento, somente admitindo esse tipo de prova (gravação clandestina) quando utilizada pela defesa, considerando-a ilícita se utilizada pela acusação. Veja-se:

A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.

No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.

Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão (GRINOVER, 1990, p. 66).

Diante dos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, é de se ver que alguns doutrinadores defendem que o emprego da gravação clandestina deve ser limitado a casos restritos, pois ela pode afrontar direitos assegurados na Constituição, eis que é facilmente manipulável o seu conteúdo. Esse é o entendimento esposado também por Alexandre de Moraes em sua obra *Direito Constitucional*.

Nesse ponto, deve ressaltar que a divisão quanto a admissibilidade ou não do uso das gravações clandestinas também ocorre no Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, merece destacar parte do Enunciado 250 do Pretório Excelso onde tal divergência ficou claramente retratada:

...No Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude, (à qual é certo, em termos, já me filiei): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (assim, v.g., no Caso Collor, Apn 307, Galvão, RTJ 162/3, (ementa, 1.1) e p. 33ss), ora, considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa do outro (v.g., HC 74.678, 1ª T, Moreira, 10.06.97, e EDHC 74.678, 1ª T, Moreira, 02.09.97, Inf. STF 75; RE 212.081, 1ª T., Gallotti, 5.12.97, DJ 27.03.98; HC 74.356, 1ª T, Gallotti, 10.12.96, RTJ 165/934; HC 69.204, 2ª T, Velloso, 26.05.92, RTJ 144/213 e HC 75.338, Pl, Jobim, 11.03.98, RTJ 167/206). 59 (Enunciado nº 250 STF).

Nesse ponto, vê-se que persiste no Supremo Tribunal Federal a divergência quanto a admissibilidade ou não da gravação clandestina como meio de prova, pois pode-se encontrar vários julgados em ambos os sentidos. Aqui para melhor elucidação da matéria, convém destacar alguns julgados do Pretório Excelso. Senão veja-se:

Ementa

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com

interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (STF, RE 402717 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 02/12/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Ementa

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscricção da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato *probando* for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido (STF. HC 80949 / RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS

CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 30/10/2001. Órgão Julgador: Primeira Turma).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal tem analisado a questão de acordo com cada caso concreto e assim não prevalece um entendimento absoluto e pacificado sobre a questão. Logo, a questão da admissibilidade ou não das gravações fica pendente de uma solução sólida, pois pode-se alterar de um caso para outro.

Continuando no tratamento da questão, convém colacionar os ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior em sua obra *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, pois para ele “deve-se notar que a esfera privada do homem não é homogênea, dividindo-se em esferas progressivamente menores à medida que se torna mais restrita a intimidade, na proporção em que dela participem um número cada vez menor de pessoas”. Observando essa sequência de idéias esposada pelo autor temos: a) esfera da vida privada estrito senso; b) a esfera da intimidade; c) a esfera do segredo. Embora essa divisão pudesse ser reduzida as duas últimas, vamos analisá-la como foi listada pelo autor.

Como ensina o autor, no que tange a esfera privada “estrito senso”, encontram-se aqueles fatos e acontecimentos que o indivíduo não deseja que sejam de domínio público e cujo conhecimento é restrito a um determinado grupo de pessoas, no qual se deposita confiança. Afora dessa esfera, encontram-se os acontecimentos públicos, sobre os quais a pessoa não faz segredo algum, permitindo que sejam de conhecimento da coletividade em geral. Estes acontecimentos estão excluídos da tutela da intimidade.

Na esfera da intimidade, estão os episódios cujo conhecimento só é consentido àquelas pessoas em que o sujeito deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. São excluídas dessa esfera não só a coletividade em geral, mas também determinadas pessoas que convivem com o titular do direito à intimidade num âmbito mais amplo.

Por fim, como enfatizado por Paulo José da Costa Júnior, no campo do segredo, estão os fatos mais íntimos da vida da pessoa e sobre os quais ela quer manter maior segredo, de modo que deles somente compartilham uns poucos amigos, mais próximos, em quem se deposita muita confiança. Dessa esfera são excluídas até mesmo pessoas íntimas do titular do direito à intimidade, por isso, é nessa esfera que se afigura necessária uma maior e mais ampla proteção legal contra a indiscrição.

Pelo exposto, pode-se notar que alguns fatos e acontecimentos ficam alheios ao âmbito da intimidade em qualquer de suas esferas e, conseqüentemente, da respectiva proteção legal, dentre eles os acontecimentos públicos, os transcorridos em lugares públicos. Assim, a

proteção constitucional a intimidade só se coloca quando a conversa ocorre em local não público (que não precisa ser necessariamente particular) ou que tenha conotação privada.

Por isso, eventuais gravações de conversas em tais condições independem da presença de excludente de antijuridicidade, podendo ser aceitas, como meios de prova, por exemplo, a gravação de diálogo transcrito em local público, porque neste caso não está em pauta a proibição do artigo 5º, XII, da Carta Magna. Essa posição está consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber:

Ementa:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Decisão

1- Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009 (STF. Repercussão Geral. RE 583937 QO-RG / RJ - RIO DE JANEIRO. REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MIN. CEZAR PELUSO. Julgamento: 19/11/2009).

Diante do posicionamento esposado pelo Pretório Excelso, pode-se inferir que a gravação ambiental é admissível como meio probatório.

Também é lícita, independentemente da existência de excludente de ilicitude, a gravação clandestina de conversa ocorrida em reunião que, embora não transcorra em local público, não tem nenhuma conotação secreta ou privada, não havendo por que se falar de violação de sigilo assegurado constitucionalmente.

Excluídas as hipóteses de invasão da privacidade, também se deve notar que a intimidade está sempre relacionada com a confiança, de tal maneira que somente está em causa o direito à intimidade quando existe uma confiança, que é quebrada, pois ninguém confia segredos a estranhos. Aqui convém destacar as palavras do Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence, a saber:

Não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discricção do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada. (AP 307-DF, RTJ 162/254)

Diante das palavras do Ministro Sepúlveda Pertence afigura-se lícita, pois, independentemente da presença de excludente de ilicitude, a gravação de conversa pessoal entre os indiciados e autoridades policiais, sem o conhecimento daqueles. Em casos tais, poder-se-ia opor o direito ao silêncio (consagrado no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal), e não o direito à intimidade (consagrado no art. 5º, inc. XII da Carta Magna de 1988). E o direito à intimidade não poderia ser posto em uma situação como essa também, por não se enxergar a quebra de confiança que a ele é inerente. Assim a intimidade, pressupõe de certo modo a existência de confiança.

Mas, como se viu, não é toda e qualquer violação de sigilo que serve como prova no processo penal; assim, o direito à prova não pode ser tido como absoluto, pois caso ocorra violação a outros direitos, especialmente a garantia de sigilo das informações, bem como o direito a intimidade, dentre outros, o conteúdo obtido com a violação não será admitido como meio probatório, posto que se configurará em prova ilícita e ilegítima para todos os efeitos. A validade das provas será analisada mais adiante.

4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

Como já ressaltado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 5º, inciso XII a garantia do sigilo das comunicações, mas não o fez de forma absoluta, pois em sua parte final previu a possibilidade de emprego da interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que realizada dentro dos limites que a lei estabelecesse.

Diante disso fica claro que o dispositivo constitucional autorizador da interceptação telefônica não detinha eficácia plena, logo, dependia da edição de lei ordinária a fim de regular os limites e as hipóteses de cabimento da interceptação telefônica, mas sempre com vistas a atender aos ditames da Constituição.

Deve-se enfatizar nesse ponto, que devido a determinação constitucional que fosse editada norma definindo a forma e as hipóteses de cabimento da interceptação telefônica, instaurou-se a discussão doutrinária quanto a recepção ou não do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações e quanto ao cabimento ou não da interceptação enquanto não fosse editada a lei regulando o dispositivo constitucional. Nesse ponto, deve-se colacionar os ensinamentos de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno, em sua obra *Interceptação Telefônica*, a saber:

Instaurou-se, com a promulgação da nova Carta Magna, nova polêmica, quanto a ter sido recepcionado ou não o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, ou se haveria a necessidade de norma específica regulamentadora da matéria. Encerrando a polêmica doutrinária e jurisprudencial criada, manifestou-se a Suprema Corte no sentido da impossibilidade de pronunciamento judicial pela quebra do sigilo telefônico enquanto não fosse editada lei específica de regulamentação da matéria, sendo, conseqüentemente, consideradas ilícitas as interceptações obtidas em desacordo com este entendimento (STF HC/SP 73.351-4, j. 9 de maio de 1996) (VASCONCELOS e MAGNO, 2011, p. 03).

Seguindo os ensinamentos epigrafados vê-se que após a promulgação da Constituição de 1988 houve discussões a respeito da interceptação telefônica e o seu cabimento enquanto não editada norma regulamentadora da matéria, sendo certo que incumbiu ao Supremo Tribunal Federal pacificar a questão, e este definiu que ela não tinha cabimento enquanto não fosse editada a norma infraconstitucional que regulamentasse o preceito constitucional que a autorizou haja vista se tratar de norma constitucional de eficácia limitada.

A Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996 foi editada com o escopo de regular referido dispositivo constitucional e possibilitar o emprego da interceptação telefônica nas investigações criminais ou na instrução de processos criminais. Diante disso, aclara-se a necessidade de comentar os dispositivos de referido diploma normativo, afinal, é ele que regula os casos e os limites em que tem cabimento a interceptação telefônica na atualidade.

4.1 Comentários a Lei de Interceptação Telefônica

Inicialmente deve-se enfatizar que a Lei nº 9.296/96 possui 12 (doze) artigos, sobre os quais nos ocuparemos a seguir.

4.1.1 Pressupostos da interceptação telefônica

A interceptação telefônica somente tem cabimento quando cumprir os pressupostos que a Constituição e a Lei nº 9.296/96 estabelecem. Eles estão elencados no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, já comentado anteriormente e nos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.296/96, sobre os quais passa-se a analisar.

O artigo 1º da Lei nº 9.296/96 dispõe que:

Art. 1º 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.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (Vide Lei nº 9.296/96).

O caput do dispositivo epígrafado praticamente repete o comando constitucional, estatuinto que a interceptação telefônica será admitida para fins de prova em investigação criminal e na instrução de processos penais como meio probatório, bem como definindo que dependerá de ordem judicial, emanada de magistrado competente para a ação principal e ainda, estabelece que a interceptação telefônica deverá ser efetivada em sigilo de justiça.

Sobre o assunto convém destacar os ensinamentos de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno em sua obra *Interceptação Telefônica*, pois tratam com propriedade do dispositivo alhures:

Inicialmente, cabe enfatizar que o objetivo final da interceptação telefônica é a constituição de uma prova, relativa a uma infração penal e sua autoria. Como já dito antes, após longos anos de espera foi publicada a Lei nº 9.296/1996, pondo fim à omissão legislativa que vinha ensejando confusões com autorizações judiciais duvidosas, que na maioria das vezes só criavam insegurança jurídica e desrespeitava os direitos fundamentais, como a intimidade das pessoas. Partindo sempre do princípio garantista de que a intimidade das pessoas é protegida constitucionalmente, procurou o legislador limitar ao máximo a utilização da interceptações das comunicações telefônicas, e dessa forma ela só poderá ser realizada para o fim de investigação criminal e instrução processual penal.(...)

Da mesma forma que ocorria no Código Brasileiro de Telecomunicações, a interceptação telefônica só será válida se for amparada por uma ordem judicial, devendo ser anterior à interceptação (VASCONCELOS e MAGNO, 2011, p. 09/10).

Frente aos ensinamentos destacados resta límpido que o cabimento da interceptação telefônica é restrito as hipóteses em que a lei autoriza, ou seja, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A decretação da medida depende ainda de ordem judicial, e esta deve ser prévia a interceptação sob pena de nulidade.

A necessidade de ordem judicial se justifica, afinal, a regra é o sigilo das comunicações e assim, somente quando o magistrado competente, nos termos definidos pelo Código de Processo Penal, autorizar é que será legítima a medida.

Ao tratar do art. 1º da Lei nº 9.296/96 não se pode deixar de consignar que parte da doutrina, especialmente, Vicente Greco Filho, defendem que o seu parágrafo único é inconstitucional, pois estaria a autorizara a interceptação em situação que o texto constitucional não teria contemplado. Sobre o assunto imperioso trazer a lume os ensinamentos do mestre Vicente Greco Filho em sua obra *Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*. Senão veja-se:

Esse dispositivo estende a aplicabilidade da lei quanto a possibilidade da interceptação ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. O problema depende da extensão que se dê à ressalva ao sigilo conforme o disposto na Constituição, ou seja, se a expressão intercalada “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas ou também à transmissão de dados. A interceptação envolve sutilezas gramaticais, mas também elementos de natureza lógica, teleológica e sociológica, e, ainda técnica.

No texto do art. 5º, XII, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão “no último caso”, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas.

A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais

sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que “último caso” corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações.

A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e assim, a expressão “último caso” admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas.

Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência, considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como “último caso”, a garantia é plena e incondicionada, aliás, segundo o princípio “*inclusus unius exclusus alterius*”.

Nossa interpretação é no sentido de que “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

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 o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*).

Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência).

Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, Não se trata, aqui, de se aventar a possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mais sim de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo (GRECO FILHO, 2008, p. 13/18).

O autor epigrafado explica de forma exaustiva que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 é inconstitucional, afinal, ele acaba por estender o permissivo constitucional para o “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”, quando, pelo texto da Lei Maior, ela deveria incidir tão somente sobre as comunicações telefônicas.

Clever Rodolfo de Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno, em seu livro *Interceptação Telefônica*, ensinam que existem também doutrinadores que sustentam a constitucionalidade de referido dispositivo. Senão veja-se:

Parte da doutrina defende a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/1996, sob a alegação de que esta nada mais fez do que vislumbrar a possibilidade de interceptação de todos os meios de comunicação que de alguma forma se utilizem da comunicação telefônica.

Entende que o legislador constituinte, ao excepcionar as comunicações telefônicas, em suas devidas circunstâncias, teve por intenção dar margem à aplicação desta norma de forma ampla, incluindo em sua inteligência todas as outras formas de comunicação que de alguma maneira têm relação com a comunicação telefônica.

Sob esta ótica, conclui que, com a evolução tecnológica dos meios de comunicação, nada haveria de ilícito e inconstitucional a interceptação de informações

provenientes de fac-símile, cuja natureza é de comunicação através do sistema de telemática; ou comunicação em sistemas de informática, interceptando comunicações provenientes de troca de e-mails, conversas em sites de relacionamentos, dentre outras formas, sob a prerrogativa de que a Internet tem como veículo o sistema de telefonia. Como adeptos a esta corrente, podem-se destacar Alexandre de Moraes, João Roberto Parizatto e Damásio de Jesus (VASCONCELOS E MAGNO, 2011, p. 34).

Diante das lições dos autores acima pode-se ver assim que, alguns famosos doutrinadores defendem a constitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 9.296/96. Segundo estes, o legislador nada mais fez do que atualizar e permitir a incidência das interceptações telefônicas sob todas as espécies de comunicações, que, de algum modo, estejam relacionadas com as comunicações telefônicas.

Depois de apresentar os dois posicionamentos fica claro que o referido dispositivo é de constitucionalidade duvidosa, afinal, admitir-se a ampliação do seu conteúdo, significa aumentar as hipóteses de violação do sigilo das comunicações, o que, de modo algum poderia ter sido feito pelo legislador ordinário, e ainda, contradizendo o texto da Lei Fundamental, que não previu tal hipótese.

Seguindo na análise da Lei nº 9.296/96, vê-se que no seu art. 2º trata das hipóteses em que não tem cabimento a interceptação telefônica. Assim como o dispositivo alhures, referido dispositivo também recebe críticas da doutrina, pois aponta-se que ele não é técnico, pois argumenta-se que ao invés de elencar os casos em que não tem cabimento a interceptação, deveria ter elencado as situações em que é admitida, afinal, trata-se de uma exceção e não da regra.

Nesse ponto, não se pode deixar de lado os ensinamentos de Raimundo Amorim de Castro, pois em seu livro intitulado Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas, p. 152, ensina que “A lei padece de vícios técnicos, quando no art. 2º, optou pela redação negativa, elencando os casos de não admissibilidade da interceptação, em vez de indicar taxativamente onde seria cabível”. Diante da ressalva feita pelo autor alhures fica claro que o legislador não foi técnico nesse ponto.

Destaca-se agora o texto do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, objeto de análise:

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.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (Vide Lei nº 9.296/96).

Referido dispositivo, apesar de estabelecer um conceito negativo quanto ao cabimento da interceptação telefônica, acabou por estabelecer pressupostos a serem observados para implementação da interceptação telefônica.

Sobre o assunto, merece destacar trecho da obra *Interceptação Telefônica*, de autoria de Vicente Greco Filho:

Os demais incisos do art. 2º contêm conceitos abertos ou indeterminados: se não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e se a prova puder ser feita por outros modos disponíveis.

A primeira situação acrescenta mais uma gradação ao termo indícios no processo penal. O legislador, dependendo do momento, utiliza-se de indícios somente, indícios suficientes e indícios veementes e, agora, indícios razoáveis. Não é o caso, neste estudo, de se aprofundar a respeito desses diversos graus de convicção, mas, como se vê, trata-se de conceitos usuais na prática processual e que, em princípio, não trarão problemas de apreciação para o juiz.

Diferente é a segunda situação, ou seja, a de que a prova possa ser feita por outros meios disponíveis. Além do aspecto subjetivo que a idéia encerra, o “não estar disponível” pode significar, na verdade, estar oculta (inconsciente ou propositadamente) ou, simplesmente, não haver interesse de se investigar por outro meio. Difícil será a decisão do juiz a respeito, mas desde logo, deve-se entender que os meios disponíveis são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação. Meios que surgirem posteriormente não a invalidariam, no caso. Mas se a autoridade oculta a possibilidade de outros meios ou age com grave desinteresse, tais atitudes contaminam a prova colhida por meio da interceptação. Em reforço, determina o art. 4º da Lei que o pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade à apuração de infração penal.

A exigência de que haja indícios razoáveis de autoria ou participação significa que deve haver fato determinado definido como crime e que necessite ser apurado e provado. Mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação. É indispensável que haja vinculação de alguém a fato criminoso específico punido com reclusão (GRECO FILHO, 2008, p. 25/28).

Diante de tais ensinamentos fica claro que a interceptação telefônica só pode ser admitida quando existe um fato certo que necessite ser investigado e que constitua fato típico. Assim, não bastam meras suspeitas para deflagrar a interceptação. Também deve-se demonstrar que não existe outro meio hábil para obter a prova, pois caso exista, a interceptação não terá cabimento ante a proibição estabelecida no art. 2º, inciso II da Lei nº 9.296/96.

No inciso III do dispositivo comentado, o legislador estabeleceu mais um limite a interceptação, pois determina que a interceptação não terá cabimento quando o fato investigado for punido no máximo com pena de detenção, logo, a interceptação, só pode ser

decretada como medida de investigação criminal nas infrações de maior gravidade, ou seja, aquelas que são punidas com reclusão.

Nesse ponto, traz-se a lume os ensinamentos de Raimundo Amorim de Castro, pois em seu livro *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, ensina que:

O inciso III estabelece que só será possível a interceptação em crime punido com reclusão. Parte da doutrina considera exagerada essa previsão somente de reclusão; nesta linha de pensamento, Antonio Fernandes se expressa: “[...] ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil em crimes de maior ou menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar quais as infrações em que a interceptação pode constituir-se em valioso meio de investigação ou instrução processual” (CASTRO, 2010, p. 153).

Assim como enfatizado pelo autor alhures, Vicente Greco Filho (*Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*) ainda defende que o cabimento da interceptação não deve abranger todos os delitos apenados com reclusão, pois segundo ele alguns deles não detém gravidade que justifique a medida. Logo, aflora-se a necessidade de colacionar os ensinamentos do mestre:

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “furor incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.

São crimes punidos com reclusão, na pena máxima, o furto simples (o qual, aliás, pode ter sua pena convertida em multa se de pequeno valor a res furtiva); o estelionato, que também admite, dependendo das circunstâncias, a aplicação apenas de multa; os crimes contra a ordem tributária do art. 1º da Lei nº 8.137/90, os crimes contra o meio ambiente definidos no arts. 30, 35, 40, 41 etc. da Lei n. 9.605/98; e muitos outros que, salvo situação de excepcionalíssima gravidade, jamais justificariam a interceptação telefônica. Não é possível previamente estabelecer quais sejam esses crimes ou essas situações, mas entendemos que não será legítima e constitucionalmente sustentável a interceptação se, além da cominação abstrata da pena de reclusão, a situação concreta não seja especialmente grave. Atua, no caso, o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos (GRECO FILHO, 2008, p. 22/23).

Segundo Vicente Greco Filho apesar da lei autorizar a interceptação nos crimes apenados com reclusão, não são todos eles que materialmente poderão ensejá-la, pois em alguns casos, antes de sua decretação, deve-se fazer uma análise a respeito da proporcionalidade da medida frente aos bens jurídicos, pois como o autor ressalta, existem situações em que não é proporcional sacrificar o sigilo das comunicações, estatuído no bojo

constitucional como direito e garantia fundamental ao indivíduo, para atender outro interesse, qual seja a persecução penal em infrações de menor gravidade.

Nesse ponto, deve-se asseverar que, com base nas lições apresentadas e nos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.296/96 é possível identificar 06 (seis) requisitos para a interceptação telefônica. Veja-se.

a) Que se trate de procedimento preparatório de processo penal – A interceptação telefônica é medida excepcional, logo, só é admitida dentro dos moldes definidos pela Constituição Federal e pela nº 9.296/96 que tratou de regular o preceito constitucional. Desse modo não é permitida a interceptação telefônica para outros fins que não sejam penais, pois o dispositivo constitucional foi claro quanto o seu cabimento somente em situações excepcionais e desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Aqui, fica claro que, apesar do escopo almejado pelo legislador constituinte, acabou-se por impedir que a interceptação telefônica fosse utilizada em outras situações que a justificaria por medida de justiça. Dentre elas pode-se citar, por exemplo, a busca de elementos probatórios para ações cíveis destinadas à tutela de interesses coletivos ou públicos, se não for invocada a existência de infração penal. Em tais situações, seria justificável a interceptação telefônica, pois valeria como instrumento na busca pelo atendimento dos interesses públicos.

Deve-se enfatizar também que não é necessário que a ação penal já tenha sido instaurada, pois basta a existência de inquérito policial em andamento para sua decretação, eis que o permissivo constitucional contempla o caso de sua utilização para fins de investigação criminal.

Ante o exposto vê-se que a interceptação telefônica só tem cabimento quando autorizada judicial e desde que seja para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

b) O Juízo competente para a concessão da medida deve ser o funcional e materialmente competente para a ação penal.

Esta exigência decorre do artigo 1º da Lei e não se refere à competência territorial, mas à competência material penal e à competência funcional. Senão veja-se.

O Juízo requerido deverá ter competência material penal, não importando se isolada ou cumulativamente, e ainda deve ter competência funcional para processar e julgar o investigado. Se se tratar, por exemplo, de pessoa sujeita à jurisdição criminal do Supremo Tribunal Federal (letras "b" e "c" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal), somente este Tribunal Superior terá competência para autorizar a investigação; em se tratando de

pessoas enumeradas no artigo 105, I, letra "a" da Constituição Federal, de outro lado, a competência funcional será do Superior Tribunal de Justiça; em se tratando das pessoas enumeradas no artigo 108, I, letra "a" da Constituição Federal; a competência será do Tribunal Regional Federal territorialmente competente; da mesma forma, em se tratando de crimes de competência da Justiça Comum Ordinária, se o agente estiver sujeito à jurisdição originária do Tribunal de Justiça, será este o tribunal competente para autorizar a interceptação. Assim, a autoridade judiciária deve deter a competência para o processo principal segundo os limites e termos definidos pela lei, sob pena de tornar a medida nula.

Se o indiciado ou denunciado não tiver foro por prerrogativa de função ou privilegiado como preferem alguns, deverá ser processado o pedido de interceptação telefônica perante a Justiça Federal ou Justiça Comum Estadual de 1ª instância, conforme se trate de crime federal ou comum, buscando-se sempre o juízo territorialmente competente e materialmente competente.

O desrespeito as regras de competência culminará na nulidade da interceptação telefônica decretada. Tratando-se de regras de competência absoluta, o desrespeito acarretará a nulidade da prova, conforme determina o art. 564, inciso I do Código de Processo Penal.

Assim fica claro que o juiz somente poderá autorizar a interceptação para fins penais e ainda, desde que ele seja o juiz competente nos termos definidos pela Constituição Federal e demais leis, ou seja, desde que ele tenha competência para o processamento e julgamento de infrações penais. Além de competência em matéria criminal, deve o juiz deter competência que abranja o investigado, pois caso ele tenha algum foro por prerrogativa de função ou privilegiado, essa situação poderá determinar a análise do pedido de interceptação por outro juízo, caso o primeiro não detenha competência para processar e julgar aquele que detém foro por prerrogativa de função.

c) Presença de indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal (artigo 2º, I da Lei) - não será deferida a interceptação telefônica embasada apenas em suspeitas ou acusações dirigidas contra o agente e desacompanhadas de indícios probatórios. A interceptação somente será decretada se existirem indícios razoáveis da prática criminosa para que a autorização da medida seja legitimamente deferida.

Segundo as lições de Alexandre de Moraes e Nelson Nery Júnior, em sua obra Proibição da Prova Ilícita – Novas Tendências do Direito, vê-se que “este requisito nada mais é do que o *“fumus boni jûris”* (aparência de bom direito) exigido para a concessão de cautelares no processo civil, sendo que a lei permite que o juiz conceda a medida *“ex officio”* ou a requerimento da autoridade policial (no inquérito policial) ou do Ministério Público (no

inquérito policial ou no processo penal, segundo determina o artigo 3º, incisos I e II da Lei nº 9.296/96)”.

A respeito desses requisitos das cautelares, leciona também Raimundo Amorim de Castro, em sua obra *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, a saber:

Por ser a interceptação uma providência de natureza cautelar, não é admitida quando não satisfizer aos pressupostos do “*fumus boni iuris*” (inc. I) ou aparência do bom direito, que nesta modalidade exige probabilidade de autoria e existência de infração penal e, do “*periculum in mora*” (inc. II), o perigo de ser perdida a prova sem a interceptação, onde diz se a prova puder ser feita por outros meios, isto deixa claro que a invasão na intimidade é feita somente em casos excepcionalíssimos (CASTRO, 2010, p. 152/153).

Diante de tais lições, fica claro que a interceptação telefônica, assim como as cautelares no processo civil, prescindem da demonstração de que existe um substrato mínimo que a embasa, afinal, não se poderia autorizar a violação do sigilo das comunicações, tratado no bojo constitucional no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, em casos onde existissem meras suspeitas ou denúncias quanto a prática criminosa sem quaisquer elementos concretos a respeito de sua veracidade. Não se pode aceitar a violação do sigilo com base em meras suspeitas ou denúncias.

Para que seja concedida a medida é indispensável que exista, ao menos inquérito policial instaurado e embasado em indícios razoáveis de que os fatos narrados são verdadeiros, pois sem isso a medida não pode ser concedida de modo legítimo.

d) A gravidade da infração penal noticiada - outro requisito essencial para a decretação da interceptação telefônica é a gravidade do delito, pois não é qualquer infração penal que autoriza a decretação. Mas, a infração penal noticiada não necessita ser de suma gravidade, como crimes inafiançáveis, crimes hediondos, etc., pois o legislador estabeleceu como requisito mínimo para decretação que o crime seja apenado com pena de reclusão.

Nesse ínterim, deixou-se de fora os crimes ordinariamente cometidos pelo telefone, como é o caso dos crimes contra a honra, a ameaça e a importunação, pois estes são punidos com detenção, bem como as contravenções penais, em especial a do "jogo do bicho", mal social grave, ligado a numerosas outras práticas criminosas e para cujo controle é fundamental a escuta telefônica.

Aqui deve-se ressaltar que já foram tecidos anteriormente alguns comentários a respeito da amplitude dessa regra, afinal, para alguns ela é ampla demais e para outros restritiva em excesso.

e) A necessidade da interceptação - o legislador impõe também que a interceptação deve ser o derradeiro recurso para obter a prova, pois estatuiu que a medida não será deferida se puder ser obtida por outros meios disponíveis (inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.296/96).

Tal exigência significa que o pedido da interceptação deve ser fundamentado, assim como seu deferimento pelo magistrado, deve levar em conta a indispensabilidade da interceptação para a obtenção da prova, pois se ele entender que existem outros meios disponíveis, para obtenção da prova, indeferirá a medida, haja vista que ela, como já asseverado anteriormente, só tem cabimento em situações excepcionais.

f) A descrição detalhada da situação objeto da interceptação e a qualificação dos investigados (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.296/96) – a exigência do parágrafo único da lei comentada é verdadeiro requisito para a interceptação, afinal, diante de sua excepcionalidade, nada mais prudente do que impor-se como pressuposto para a sua decretação a descrição clara da situação que lhe dará ensejo e a qualificação dos investigados, afinal, isso possibilitará a verificação da legalidade da medida, pois com a descrição dos motivos que justificaram, as razões da decretação se tornam claros. A lei prevê também que a descrição da situação ensejadora da interceptação poderá ser deixada de lado em casos de impossibilidade manifesta de seu cumprimento, mas para bem da Justiça e do investigado, define também que tal situação deverá ser fundamentada.

Com essa previsão o legislador apenas ressaltou a necessidade de demonstração clara da situação que dará ensejo a interceptação e com isso também definiu mais um critério a ser observado, que facilitará a constatação da legalidade da medida, afinal se a circunstância que ensejou a medida estiver escrita, basta analisá-la no caso concreto para constatar a sua legitimidade ou não.

Estes são os pressupostos/requisitos que podem ser identificados ao se analisar os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.296/96, sendo patente que todos eles devem ser observados na decretação da interceptação telefônica, sob pena de eivá-la de ilicitude.

4.1.2 Procedimento da interceptação telefônica

O procedimento da interceptação telefônica está regulado do artigo 3º ao artigo 9º da Lei nº 9.296/96. Assim, convém analisar os dispositivos para compreensão do procedimento a ser adotado nas interceptações telefônicas.

Inicialmente convém destacar os ensinamentos de Vicente Greco Filho, em sua obra *Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*, para quem:

O procedimento de interceptação, que só pode ser determinado por meio de autorização judicial, é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal (GRECO FILHO, 2008, p. 45/46).

Diante de tais ensinamentos fica claro que a interceptação telefônica é medida cautelar, sendo certo que seus pressupostos correspondem ao “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” próprios das cautelares; afinal, trata-se de um procedimento que visa obtenção de prova para o inquérito e futura ação penal. Aqui, deve-se ressaltar também que para Vicente Greco Filho, a interceptação das comunicações telefônicas pode ser implementada antes mesmo do inquérito, ou seja, a fim de se obterem elementos capazes de justificar a instauração de uma investigação pela autoridade policial.

O artigo 3º da Lei nº 9.296/96 já inicia no tratamento do procedimento da interceptação telefônica. Nesse ponto, deve-se destacar o texto legal:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal (Vide Lei nº 9.296/96).

O artigo destacado trata da legitimidade para a decretação da interceptação telefônica, estatuidando que ela pode ter início por iniciativa do próprio magistrado “*ex officio*”, ou por requerimento da autoridade policial, quando for o caso de investigação criminal ou do representante do Ministério Público, sendo que o “*Parquet*” pode requerê-la tanto na fase de investigação, quanto durante a instrução criminal.

Sobre o assunto, sábias são as lições de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno, em seu livro *Interceptação Telefônica para quem*, referido dispositivo enseja três situações, a saber:

A primeira é a possibilidade de ser a medida requerida pelo ofendido enquanto titular da ação penal privada. Entendem alguns doutrinadores que nada impede

sejam as interceptações requeridas pelo querelante, condicionando-se, porém, que já estejam presentes os demais requisitos que autorizam a medida (indícios de autoria, crime punido com reclusão e excepcionalidade da iniciativa) e desde que já haja processo penal regularmente instaurado. (...)

Também a possibilidade de ser a medida postulada pelo assistente de acusação, a teor da regra do art. 268 do Código de Processo Penal, será a vítima de um crime de ação penal pública ou seu representante legal. Se ocorrer a morte do ofendido, poderão figurar as pessoas do rol do art. 31 do Código de Processo Penal.

Da mesma forma que o querelante, o assistente não está referido na Lei nº 9.296/96, expressamente como um dos legitimados para requerer a violação de sigilo telefônico.

Não obstante essa omissão legislativa, alguns alegam que possui ele legitimidade para tanto, a qual se amolda à faculdade prevista no art. 271 do Código de Processo Penal, quando reza que pode ele propor meios de prova.

Ressalve-se que essa legitimidade que ora se atribui ao assistente do Ministério Público para pleitear interceptações ou escutas telefônicas exige que haja processo penal regularmente instaurado, e desde que esteja habilitado nele intervir por decisão judicial.

Pensamos (não obstante as inúmeras discussões que se travaram da revogação ou não do assistente frente ao art. 129, I da Constituição Federal) que a hipótese se encaixa perfeitamente no art. 271 do Código de Processo Penal quando diz: “propor meios de prova”. Ora, se pode propor meios de provas, por que não propor a interceptação telefônica, que é um meio de prova reconhecido pela própria lei (art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996).

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

E a derradeira situação encontra-se na constitucionalidade da faculdade conferida ao juiz de ofício determinar interceptações.

Nesse campo, divergindo muito a doutrina. Alguns autores aceitam a possibilidade prevista em lei de agir o magistrado de ofício, e outros entendem ser inconstitucional essa faculdade.

O argumento no sentido da inconstitucionalidade decorreria da circunstância de que, destinando-se a interceptação telefônica à investigação criminal ou instrução processual penal, tem sempre por objetivo inicial a descoberta de provas que incriminem o investigado ou acusado.

Destarte, se determinada de ofício pelo juiz, afrontaria o sistema acusatório estabelecido pela Constituição e que atribui aos juízes a função única de processar e julgar, não lhe competindo adotar medidas de cunho investigatório. No dizer de Luiz Flávio Gomes, “determinar provas de ofício importaria comprometer psicologicamente o juiz em sua imparcialidade”.

Assim, interpretada a faculdade do art. 3º da Lei nº 9.296/1996 em conformidade com a Constituição Federal, depreendemos que o poder-dever do juiz em determinar interceptações de ofício não importa em deslocamento de sua imparcialidade natural e muito menos em ato de investigação, mas tão somente de providência justificada na necessidade de preservação da prova e na busca da verdade sobre como os fatos se deram. Nada há, assim, de inconstitucional nesse procedimento, na visão de vários autores (VASCONCELOS e MAGNO, 2011, p. 45/48).

Diante de tais dizeres fica claro que a questão da legitimidade para deflagrar a interceptação telefônica não se resume apenas no magistrado, na autoridade policial e no representante do Ministério Público, pois a doutrina também discute a possibilidade do querelante e do assistente de acusação requerer a medida. Assim, a decisão deve ser analisada em cada caso concreto, pois não foi disciplinada pelo legislador.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido (Vide Lei nº 9.296/96).

O artigo em destaque trata do pedido de interceptação e ele ordinariamente deverá ser feito por escrito, todavia, admite-se (§ 1º do artigo 4º) que, excepcionalmente seja feito verbalmente. Ressalta-se ainda que o pedido de interceptação telefônica deverá ser fundamentado, pois o dispositivo alhures, estatui que ele “conterà a demonstração de que a sua realização é necessária a apuração de infração penal”. Assim, não basta um mero pedido, mas deverá ser ele embasado em elementos que justifiquem a decretação da medida.

O art. 4º estatui ainda como requisito a ser observado no pedido de interceptação telefônica a “indicação dos meios a serem empregados”. Assim, quem requer a interceptação deve indicar os meios que serão empregados para sua efetivação.

Sobre o pedido/requerimento de interceptação telefônica ensina Vicente Greco Filho, em sua obra *Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*:

O pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade e dos pressupostos de sua licitude, com a indicação dos meios a serem empregados. Quanto a estes, há ponto delicado a considerar.

No sistema do Código Brasileiro de Telecomunicações, a quebra do sigilo telefônico era prerrogativa da companhia concessionária do serviço público, ao passo que, no sistema da lei (art. 7º), a autoridade poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias, significando que poderá, também, realizar a diligência pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa. Se esses últimos forem os meios empregados, grave risco pode ocorrer a intimidade das pessoas e a segurança do sigilo que deve cercar a medida, inclusive em face de eventual responsabilização pelo crime do art. 10.

Para contornar o problema, ao deferir a providência, deverá o juiz determinar também a forma de execução e as cautelas que devem ser tomadas. Poderá determinar, entre outras coisas, que seja feita a interceptação exclusivamente por intermédio da concessionária de serviço público, ou caso, assim não seja, que se faça a identificação precisa de todas as pessoas envolvidas na diligência e, ainda, outros cuidados que entender pertinentes para o resguardo do sigilo e responsabilidade na hipótese de sua quebra.

O pedido de interceptação deve, de regra, ser feito por escrito, mas excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, caso em que a concessionária da autorização será condicionada à sua redução a termo. Também deverá o juiz ordenar a lavratura do termo se a interceptação for determinada de ofício, a fim de que possa cumprir o disposto no art. 8º, qual seja, a formação de procedimento a ser autuado em apenso (GRECO FILHO, 2008, p. 49/51).

Com os ensinamentos de Vicente Greco Filho resta claro que o pedido de interceptação telefônica deve revestir-se de todas as formalidades exigidas pela legislação, sob pena, de não poder ser deferido.

Sobre a decisão do pedido de interceptação telefônica, dispõe o § 2º do art. 3º e o art. 5º da Lei nº 9.296/96, determinando que o magistrado deverá proferi-la no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, devendo a decisão ser fundamentada e indicar a forma de execução da medida. O descumprimento de tais condições culminará na nulidade da decisão.

Na decisão da interceptação telefônica deve o magistrado fixar o prazo, que não poderá exceder 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogado por igual período se ficar comprovada a indispensabilidade da medida.

O art. 6º da Lei nº 9.296/96 define a autoridade competente para implementar a medida excepcional. Veja-se o seu conteúdo:

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público (Vide Lei nº 9.296/96).

Para melhor compreensão do dispositivo em análise convém colacionar novamente os ensinamentos do mestre Vicente Greco Filho em seu livro *Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*. A saber:

Quem conduz a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz, é a autoridade policial (entenda-se autoridade da polícia judiciária, estadual, federal, ou autoridade presidente do inquérito policial militar, se tratar de crime da competência da Justiça Militar), dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

A escuta das comunicações interceptadas poderá, ou não, ser gravada. Em qualquer hipótese, concluída a diligência, deve a autoridade encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Se a comunicação interceptada foi gravada, deverá ser transcrita, sem prejuízo de ser preservada e autenticada a fita original; se não foi, o resumo das operações deverá conter, também, sob responsabilidade de quem ouviu, o conteúdo das conversas interceptadas. Essa pessoa poderá, eventualmente, se necessário, em diligência, determinada de ofício ou a requerimento das partes, ser ouvida em juízo (GRECO FILHO, 2008, p. 52/53).

Aliando-se a tais ensinamentos vê-se que é a autoridade policial quem conduzirá a interceptação telefônica. Não importa em qual âmbito a medida seja implementada, seja estadual, federal ou militar, pois sempre será a autoridade policial competente para dirigir a interceptação telefônica autorizada judicialmente.

No mesmo dispositivo (§1º, do art. 6º), a lei impõe ainda a necessidade de transcrição das conversas eventualmente gravadas, é a chamada degravação das conversas telefônicas. Determina ainda, a Lei nº 9.296/96 que após concluída a interceptação das comunicações telefônicas, deverá a autoridade policial encaminhar relatório circunstanciado, contendo um resumo das operações realizadas. Após isso o magistrado deverá determinar a autuação dos elementos produzidos com a interceptação e cientificar o “*Parquet*”.

Seguindo a disciplina legal vê-se que o art. 7º da Lei nº 9.296/96 possibilita a implementação da interceptação telefônica com emprego de “solicitação de serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”, o que, como explica Vicente Greco Filho (Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996) implica em grave risco para a tutela da intimidade, pois o emprego dessas pessoas, ou a realização pela própria autoridade policial, podem ser perigosas. Assim, para ele, somente a concessionária deveria dar apoio nas interceptações telefônicas.

O art. 8º determina que a interceptação telefônica deverá ser autuada em autos apartados, e apensados ao inquérito policial ou processo penal, a fim de que seja preservado o sigilo da medida. Aqui deve-se enfatizar que o acusado terá acesso a interceptação posteriormente a sua realização, pois seria impossível obter algum elemento contra ele, caso fosse a medida realizada com o seu conhecimento. Assim o contraditório, no procedimento da interceptação telefônica, é posterior a realização da medida.

Determina ainda o parágrafo único do art. 8º o momento em que ocorrerá a apensação da interceptação telefônica nos autos de inquérito ou do processo penal, e segundo ele:

A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal (Vide Lei nº 9.296/96).

Diante de tal dispositivo, é de se ver que a apensação da interceptação telefônica ao inquérito somente pode ocorrer antes do relatório da autoridade policial. A medida não poderia ocorrer após o relatório, pois o relatório conclui a investigação policial. Para o mestre Vicente Greco Filho (Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de

julho de 1996), no que tange ao processo, a apensação deve ocorrer “logo antes da decisão de pronúncia ou sentença definitiva se a medida foi realizada incidentalmente à ação penal”. Segundo o autor esses são os momentos mais propícios para apresentação e apreciação das provas e ainda, porque contribuem para a preservação do sigilo inerente a medida.

Agora merece destacar o art. 9º da Lei nº 9.296/96:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal (Vide Lei nº 9.296/96).

Referido dispositivo trata da inutilização das gravações que não interessarem a prova. Trata-se sem dúvidas de medida tendente a assegurar o sigilo das comunicações assegurado no texto constitucional e que somente admite exceções nos casos e na forma definida pela Constituição e pela Lei nº 9.296/96 que regulamente o dispositivo constitucional. Assim, como somente é autorizada a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal fica claro que o escopo da interceptação é obter elementos de prova, e caso, os elementos obtidos com a medida não prestem a tais fins, devem ser inutilizados por determinação do juiz na fase do inquérito ou por requerimento do Ministério Público ou da parte interessada durante a instrução processual penal.

Aqui deve-se enfatizar que o incidente de inutilização dos elementos obtidos na interceptação que não sirvam de meios de prova no processo penal será acompanhado pelo Ministério Público, e isso é obrigatório, sendo ainda facultada a presença do acusado ou de seu representante legal no ato de destruição (art. 9º). Em relação ao acusado, vê-se que sua presença é facultativa, tudo dependendo de sua vontade em participar ou não do ato.

Após tecer os comentários pertinentes ao procedimento da interceptação telefônica é de se ver que ela é uma medida cautelar, sendo certo que só tem cabimento nas situações definidas pela Constituição Federal e pela Lei nº 9.296/96. Após tratar do procedimento a ser adotado nas interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, a lei tratou de um tipo penal, específico ao contexto, sobre o qual, nos ocuparemos mais adiante.

Os demais dispositivos da Lei nº 9.296/96 tratam da sua vigência (art. 11) que ocorreu na data de sua publicação e na menção genérica quanto a revogação das disposições contrárias (art. 12). Nesse ponto, convém ressaltar que atualmente essa prática (revogam-se

as disposições contrárias) não é mais aceita, sendo necessário elencar especificamente quais disposições são revogadas (Artigo 9º da Lei Complementar 95/98). Essa indagação serve apenas para ilustrar, pois em nada afetam a matéria objeto de estudo.

5 O CRIME DE ESCUTAS TELEFÔNICAS NO BRASIL

Após conceituar e diferenciar interceptação, escuta e gravação telefônica, bem como a interceptação, escuta e gravação de conversas não telefônicas, e após discorrer sobre o procedimento instituído para as interceptações telefônicas, deve-se passar a análise do tipo penal do crime de escuta telefônicas, definido no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

No presente tópico, será atribuído enfoque ao crime de interceptação telefônica.

O termo "interceptação telefônica" é parte integrante de um tipo penal, devendo o seu conceito ser fixado para se dar correta aplicação ao crime referido, de modo que a compreensão mais alargada ou mais estreita daquela expressão necessariamente implicará proporcional alargamento ou estreitamento do tipo penal. Anteriormente já se discorreu a respeito do conceito de interceptação telefônica, sendo certo que ela pode ser vista de uma forma restrita ou ampla.

Nesse ponto, merece destaque o tipo penal do art. 10 da Lei nº 9.296/96:

Art. 10 Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa (Vide Lei nº 9.296/96).

Diante de tal dispositivo, vê-se que aquele que realizar a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, em desconformidade com a disciplina constitucional e legal aplicáveis a matéria, estará cometendo um crime.

Assim fica claro que existe uma preocupação do legislador no que se refere a proteção ao sigilo telefônico, pois aquele que o violar sem autorização judicial ou com fins diversos daqueles definidos pela legislação (investigação criminal ou para instrução processual penal) responderá pelo crime definido no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

Ao dedicar-se ao estudo do crime de interceptação telefônica é de se ver que segundo boa parte da doutrina, o art. 5º, XII, da Constituição Brasileira de 1988, permissivo constitucional para as interceptações telefônicas, assim como a Lei nº 9.296/96, que o regulamenta, só se referem às interceptações em sentido estrito e escutas telefônicas (interceptação em sentido amplo), ou seja, só se referem à captação telefônica em que intervém um terceiro, exigindo no mínimo a presença de três pessoas. Se a captação é feita

por um dos interlocutores, não há interceptação e, portanto, não está em causa a proteção do art. 5º, XII. Essa discussão guarda extrema importância, pois a definição da amplitude do termo interceptação telefônica, tem o condão de alargar ou restringir o âmbito de incidência do tipo penal estampado no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

Nesse ponto, convém destacar o preceito constitucional autorizador da interceptação telefônica:

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:

I - Omissis

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 (Vide Constituição Federal 1988).

Segundo essa posição doutrinária, que defende que o vocábulo interceptação deve ser avaliado de forma restrita, estão fora de suas abrangências (da Lei citada e do dispositivo constitucional mencionado) as gravações telefônicas e as interceptações, escutas e gravações ambientais, que estão protegidas pelo dispositivo que genericamente garante a privacidade: ou seja, o art. 5º, X, da Constituição Federal. Vejamos o que dispõe o dispositivo constitucional citado:

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:

I - Omissis

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Vide Constituição Federal 1988).

O fato de a intimidade ser protegida pelo inciso X ou XII do art. 5º da Constituição é relevante, na medida que autores brasileiros, tendo em mira a ressalva da parte final do inciso XII, dão a este dispositivo uma interpretação literal “*a contrario sensu*”, admitindo a interceptação apenas das comunicações telefônicas e apenas nos casos previstos na Lei nº 9.296/96, enxergando o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados como direito absoluto, inviolável e insuscetível de interceptação, sendo, por via de consequência, ilícita toda e qualquer prova obtida com violação do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados (art. 5º, LVI, CF).

Aqui deve-se mencionar ainda que, como já mencionado anteriormente, a doutrina diverge a respeito da possibilidade da interceptação atingir também o fluxos de comunicações em sistemas de informática e telemática, pois isso resulta na ampliação da incidência do tipo penal. Para muitos autores, como Vicente Greco Filho (Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996) o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 é inconstitucional, vez que estaria a ampliar o permissivo constitucional para a violação do sigilo das comunicações telefônicas, pois o texto da Lei Magna não foi claro a esse respeito. Assim, reside importância em analisar essa questão, posto que a solução poderá enquadrar determinadas condutas no modelo abstrato do art. 10 da Lei nº 9.296/96 ou poderá afastar a incidência de referido tipo penal.

Novamente faz-se mister colacionar o texto da Lei Magna responsável por determinar que toda prova obtida com violação do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados é ilícita. Veja-se:

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:

I - Omissis

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (Vide Constituição Federal 1988).

Se a prova foi obtida com violação do sigilo de correspondência, fora dos casos em que tal medida é admitida, certamente estará ela eivada de ilicitude. Assim, mesmo a interceptação telefônica somente será válida nos casos previstos e segundo as prescrições da Lei 9.296/96 em seu artigo 2º:

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.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (Vide Lei nº 9.296/96).

Quando em pauta está o direito previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, não é observada na mesma medida a posição peremptória e intransigente de rejeição de toda e qualquer prova obtida com violação do direito à intimidade. Admitindo-se, neste

caso, mais facilmente a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo a aproveitar, no processo, provas ilícitas, desde que a medida se afigure proporcional.

Ultrapassado esse ponto, convém esclarecer que o tipo penal estampado no art. 10 da Lei nº 9.296/96 deve ser dividido em dois crimes, ou seja, o tipo penal contempla duas condutas distintas, quais sejam a daquele que realiza a interceptação de forma ilícita e daquele que quebra segredo de justiça, pois essas duas condutas foram tipificadas pelo dispositivo legal em análise.

Nesse sentido, encontra-se as lições de Vicente Greco Filho, em sua obra *Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*, p. 63, pois para o autor “Na verdade dois são os crimes previstos no dispositivo: realizar interceptação indevidamente e quebrar o segredo de justiça. Os momentos de sua possível ocorrência são diferentes, os agentes, em princípio, serão diferentes, de modo que serão tratados, aqui, separadamente”.

Assim, pela análise do tipo penal em comento e diante dos ensinamentos de Vicente Greco Filho vê-se que duas condutas foram tipificadas, ou seja, daquele que realiza interceptação telefônica em desconformidade com a legislação e daquele que quebra o segredo de justiça também sem autorização judicial ou fora dos casos em que a lei a admite.

Cleber Rodolfo de Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno (*Interceptação Telefônica*) ao tratar dos crimes definidos no art. 10 da Lei nº 9.296/96 ensina que:

Ante a redação da Lei, constata-se a criminalização de duas condutas:

7.1 Interceptar comunicação telefônica, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Objetividade jurídica: consiste na liberdade de comunicação telefônica ou telemática.

Elemento objetivo do tipo: é a conduta de “interceptar”.

Elemento subjetivo do tipo: reside na expressão “com os objetivos não autorizados em lei”, tratando-se exclusivamente de crime doloso, tanto na modalidade direta quanto na modalidade eventual. É a hipótese da interceptação realizada fora do âmbito de investigação criminal e de instrução penal em crimes apenados com reclusão ou sem os requisitos necessários para a concessão da medida.

Elemento normativo do tipo: reside na expressão “sem autorização judicial”. É a hipótese de interceptação realizada independentemente do procedimento ou da decisão judicial previstos expressamente na Lei nº 9.296/96.

Consumação: ocorre com a conduta do sujeito ativo em interceptar a conversa, tomando conhecimento de toda a comunicação interceptada, bem como se tenha sido ou não gravada, admitindo em tese, a tentativa do delito descrito.

Este crime pode ser classificado como crime de dano, permanente e comum, passível tanto de coautoria quanto de participação.

7.2 Quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com os objetivos não autorizados em lei.

A objetividade jurídica, elementos normativos e subjetivos do tipo são idênticos ao primeiro delito já mencionado anteriormente.

Elemento objetivo do tipo: é a conduta de “quebrar” o dever funcional do sigilo.

A consumação ocorre no momento em que o agente revela o segredo de justiça em relação ao conteúdo da interceptação telefônica, sendo, em tese, a tentativa admitida. Este delito pode ser classificado como próprio e instantâneo, sendo admitidas tanto a coautoria quanto a participação (VASCONCELOS e MAGNO, 2011, p. 79/80).

Diante de tais ensinamentos fica claro que o legislador brasileiro, ao tratar da violação ao sigilo da correspondência, elencou no mesmo tipo penal duas condutas, ou seja, uma consistente em interceptar comunicação telefônica, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos diversos daqueles trazidos pela legislação e a outra daquele que quebra segredo de justiça, também sem estar autorizado judicialmente ou com objetivos contemplados pela lei. Assim, como se vê a configuração de ambos os tipos penais depende da inexistência de uma ordem judicial ou da sua realização com objetivos diversos daqueles que a lei a admite.

Assim somente comete o crime de interceptação das comunicações telefônicas, aquele que, realizar a interceptação, sem a autorização judicial, ou para fins diversos daqueles contemplados pelo preceito constitucional autorizador da interceptação (para fins de investigação criminal ou instrução processual penal). Só para clarificar a questão, imagine a conduta do policial civil que, a despeito de qualquer autorização judicial, realize interceptação de conversas telefônicas. Nessa situação o policial cometeu o crime definido no art. 10 da Lei nº 9.296/96, pois não estava autorizado a interceptar as conversas telefônicas. Se por ventura houvesse autorização judicial, o mesmo policial, não teria cometido crime.

Surge nesse ponto uma terceira questão referente aos casos onde a interceptação é realizada mediante autorização judicial, mas fora dos casos em que lei a autoriza. Nessa situação, também incorrerá em crime quem a praticar, pois em que pese a autorização judicial, o simples desrespeito aos objetivos elencados pelo legislador, tem o condão de determinar que a pessoa que proceda a interceptação nessas condições estará cometendo o crime definido no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

A respeito da quebra de segredo de justiça, assim como na interceptação, faz-se mister também que a quebra ocorra fora dos casos em que a lei a autoriza, pois caso ocorra em situação onde a legislação admite a quebra do segredo de justiça, não há que se falar no crime do art. 10 da Lei nº 9.296/96. E aqui deve-se também enfatizar que deve-se entender a quebra de segredo de justiça de forma restrita, ou seja, referindo-se apenas ao segredo de justiça inerente ao procedimento da Lei nº 9.296/96. Os demais segredos quando violados serão regulados pelo Código Penal.

Neste ponto, para melhor compreensão do tipo penal definido pelo art. 10 da Lei nº 9.296/96, merece destaque os ensinamentos de Vicente Greco Filho (Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996), a saber:

a) Realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática e telemática
Como se disse no início deste estudo, a interceptação é a violação feita por terceiro em face de dois interlocutores, não se aplicando, pois, à conduta unilateral de um deles. O crime consuma-se com o ato de interceptar, ou, seja, intervir, imiscuir-se, ingressar em, independentemente de a conversa vir a ser gravada. Em tese admite-se a tentativa.

Não se trata de crime próprio. Qualquer pessoa pode cometê-lo.

Um elemento normativo e um elemento subjetivo integram o tipo: sem autorização judicial é o primeiro e com o objetivos não autorizados em lei é o segundo.

Esses elementos são alternativos, ou seja, a existência de qualquer deles caracteriza o crime. Em outras palavras, ainda que a interceptação seja judicialmente autorizada, se a finalidade não é a de investigação criminal ou instrução processual penal, ocorre a infração; reciprocamente, se a interceptação é feita com essa finalidade, mas sem a autorização judicial, também incide a norma penal. Evidentemente, na primeira situação inclui-se a conduta da autoridade que falseia dados ao juiz e obtém a autorização de interceptação em caso que, se revelada a verdade, tal autorização não seria concedida. E também a conduta do juiz que, dolosamente, autoriza a interceptação fora dos casos legais.

“Sem autorização judicial” significa a realização da interceptação, independente da decisão judicial prevista na lei e por meio do procedimento nela previsto. Mas, atente-se que o dispositivo não exige prévia autorização judicial, do qual se depreende que, se realizada a interceptação sem ela, se obtida posteriormente, deixa de existir a infração. Contudo, a autoridade que proceder à interceptação contando com posterior autorização judicial fá-lo-á por sua conta e risco, sabendo que a negativa a coloca em situação incriminatória.

“Com objetivos não autorizados em lei” significa a interceptação sem que seja para investigação criminal ou instrução processual penal, em crime de reclusão ou sem os demais requisitos e pressupostos da concessão da medida como previstos na lei e na Constituição.

O crime se consuma com a interceptação, ou seja, com a escuta realizada por terceiro da conversa entre outros interlocutores, qualquer que seja, o meio técnico utilizado e independente da revelação da comunicação a outrem. Trata-se de crime de mera conduta. A divulgação do segredo da comunicação é mero exaurimento do delito. O crime comporta tentativa, como, por exemplo, se o agente é interrompido no ato de implantar o instrumento para a interceptação. Sob outro aspecto, o crime é permanente, ou seja, a consumação perdura durante todo o tempo em que o agente esteja realizando a interceptação, ainda que não esteja presente no momento, como acontece no caso de ser deixado gravador ligado para posterior audiência.

O crime é doloso, admitindo como qualquer delito dessa natureza o dolo eventual. Admite, também coautoria ou participação.

A pena é de reclusão, de dois a quatro anos, significativamente agravada, de forma comparativa aos crimes que lhe antecederam. Esse agravamento gerou uma incongruência em face dos demais crimes do art. 151 do Código Penal: a violação de correspondência, crime, em princípio, de mesma gravidade, continua com a minguada pena de detenção, de um a seis meses (GRECO FILHO, 2008, p. 63/67).

Diante disso fica claro que a conduta de interceptar comunicações telefônicas sem autorização judicial ou com desrespeito aos objetivos que a lei a autoriza, configura um crime, apenado inclusive com reclusão. Aqui deve-se consignar que o simples ato de interceptar,

imiscuir-se nas conversas alheias já basta para a consumação do tipo penal, pois ainda que o conteúdo da conversa não venha a ser divulgado, o interceptador será punido pelo crime.

Para melhor compreensão do tipo penal do art. 10 da Lei nº 9.296/96, convém colacionar novamente os ensinamentos de Vicente Greco Filho (Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996) ao tratar da conduta daquele que quebra segredo de justiça, a saber:

O segundo crime previsto no art. 10 consiste em quebrar segredo da Justiça. Trata-se, por interpretação sistemática, da quebra do segredo instituído pela própria lei, ou seja, o relativo ao procedimento de interceptação telefônica, não se referindo aos demais casos de segredo de Justiça que podem ocorrer no processo penal e no processo civil. Para estes, a violação mantém-se regida pelo crime do art. 325 do Código Penal.

O crime de quebra de segredo de Justiça é crime funcional, crime próprio, portanto, em que o sujeito ativo é o funcionário (no sentido amplo do art. 327 do Código Penal) que se vincula, de qualquer maneira, ao procedimento da interceptação (autoridade policial e seus agentes, membro do Ministério Público e juiz, funcionários de cartório etc.). Ao acusado ou seu defensor não se aplica o dispositivo porque não têm o dever jurídico de preservar segredo de Justiça. O defensor pode, eventualmente, incidir em violação de sigilo profissional.

A infração se consuma com a revelação do conteúdo do procedimento de interceptação ou com a consciente concordância em que terceiro dele tome conhecimento. Em tese, admite à tentativa, a coautoria e a participação. O crime é doloso, comportando, também o dolo eventual (GRECO FILHO, 2008, p. 67/68).

Frente a tais ensinamentos vê-se que o crime de quebra de segredo de justiça, estampado no art. 10 da Lei nº 9.296/96 se restringe apenas ao segredo inerente ao procedimento da interceptação telefônica, pois a quebra de outro segredo de justiça, não relacionado a interceptação telefônica será punida de acordo com o tipo penal do art. 325 do Código Penal brasileiro e não pelo tipo penal trazido pela Lei de Interceptação Telefônica.

Outro ponto importante relacionado a quebra do segredo de justiça é que, neste caso, trata-se de crime próprio, pois somente quem detém o dever jurídico de manter o segredo é que poderá cometê-lo, ou seja, trata-se de crime funcional, em que somente os funcionários públicos podem praticá-lo. Aqui, como ressaltado pelo autor destacado, cabe enfatizar que o advogado e o acusado não cometem esse crime, afinal, eles não tem o dever de guardar sigilo.

Merece destacar também que a quebra do segredo de justiça somente se consuma quando ocorre a divulgação do segredo ou quando se concorda que alguém não autorizado, dele tome conhecimento.

Por todo o exposto, vê-se que o art. 10 da Lei nº 9.296/96 é composto por duas figuras típicas, a primeira relacionada a interceptação telefônica sem autorização judicial ou desrespeitando os objetivos que a lei trouxe e a segunda referente a quebra de segredo de

Justiça (especialmente no que tange ao procedimento da interceptação telefônica) também sem autorização judicial ou com objetivos alheios aqueles definidos na legislação aplicável.

6 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM FACE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A interceptação telefônica tem reflexos no direito processual penal, afinal sua utilização sob o manto constitucional e legal, tem como principal consequência a obtenção de provas na fase de investigação criminal ou na instrução processual penal. Assim, merece aqui destacar seus reflexos no processo penal, especialmente no que tange as provas.

Inicialmente, deve-se destacar o comando constitucional relacionado a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. A Constituição Federal e o Código de Processo Penal, tratam do assunto respectivamente:

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:

I – Omissis.

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (Vide Constituição Federal de 1988)

Art.157 São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

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

Como se vê, o próprio legislador constituinte se preocupou em determinar a inadmissibilidade das provas ilícitas. A preocupação tem sentido, posto que a sua aceitação representa sério risco a todos.

No concernente ao ordenamento processual penal acerca de provas, deve-se mostrar primeiramente o que são os meios de provas. Raimundo Amorim de Castro apud Pontes de Miranda (Interceptação Telefônica) ensina que “meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”. É também, tudo quanto possa direta ou indiretamente justificar os fatos que se investigam ou influenciar a

comprovação da certeza que se busca no processo. Diante disso, pode-se ver que de modo geral meios de prova são os modos pelos quais podemos obter a autenticidade de certos atos.

Para Nestor Távora e Fábio Roque Araujo em sua obra Código de Processo Penal para Concursos ensinam que meios de prova “são os instrumentos para a demonstração da verdade”. Logo, meio de prova é tudo aquilo que pode ser empregado na demonstração da veracidade de algum fato. A interceptação telefônica nesse contexto se afigura como um meio de prova, pois através dela, pode-se comprovar fatos, especialmente crimes, pois a sua aceitação se restringe a investigação criminal ou instrução processual penal.

Nesse ponto, deve-se tecer breves considerações sobre as provas, pois a interceptação telefônica é meio de prova.

As provas obtidas com infração das disposições de direito material denominam-se, segundo a doutrina (Nestor Távora e outros), "provas ilícitas". Nossa Carta Magna, inc. LVI do artigo 5º explicita que são inadmissíveis os meios de provas obtido por meio ilícito. Encontra-se ainda disciplinada matéria que trata diretamente do assunto em nossa Legislação, no Código de Processo Civil nos artigos 332 e 383, a saber:

Art. 332 Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificado neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 383 Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica cinematográfica, fonográfica ou de outras espécies, faz provas dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade (Vide Código de Processo Civil).

Diante de tal dispositivo, pode-se aferir que, até mesmo antes da Constituição em vigor já existia matéria legal proibindo as provas ilícitas.

É de bom alvitre enfatizar que, como ensina Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (Código de Processo Penal para Concursos), a doutrina costuma diferenciar prova ilícita de prova ilegítima. Vejamos o que os autores ensinam:

Em doutrina, faz-se a distinção entre provas ilícitas, que são aquelas que violam o direito material (CP, legislação penal extravagante e princípios constitucionais penais) e ilegítimas, que desatendem o direito processual (CPP, legislação processual extravagante e princípios processuais constitucionais). Contudo, não se fez tal distinção na legislação, de sorte que as provas ilícitas são entendidas como aquelas obtidas em violação as normas constitucionais e infraconstitucionais, englobando-se os princípios (TÁVORA e ARAÚJO, 2010, p. 224).

Seguindo os ensinamentos dos mestres acima destacados, fica claro que apesar da doutrina distinguir provas ilícitas de provas ilegítimas, o legislador não fez tal distinção, atribuindo a ambas os mesmos efeitos, ou seja, não são admitidas no processo.

Assim, deve-se ter em mente nesta análise a natureza material da prova em reflexo de sua ilicitude.

Neste ponto, deve-se enfatizar que a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal é a regra, todavia, em situações excepcionais será aceita, principalmente se for empregada em benefício do acusado. Imagine-se uma situação onde um acusado só possa provar sua inocência por meio de gravação telefônica ilícita, nesse caso, é certo que essa prova, embora ilícita, poderá ser utilizada. Nesse ponto, convém trazer a lume os ensinamentos de Raimundo Amorim de Castro em sua obra *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, a saber:

Diz-se que a prova é ilegítima quanto fere dispositivo processual, e ilícita quando afronta direitos substantivos. Formaram-se com pequenas variantes, quatro correntes fundamentais:

- a) a prova ilícita é admitida quando o ordenamento processual não estabelece nenhuma vedação, a tese é suportada pela argumentação de índole material teleológica. O fato de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular, não prelude, por via de regra, a sua utilização no processo penal. Não existe qualquer princípio segundo o qual, quem praticou um crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que outro obteve, à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a idéia de direito reclama, nesta situação é, antes, o restabelecimento da paz jurídica, através da perseguição dos crimes de todos os agentes. Essa teoria é muito bem condensada por Franco Cordero processualista penal de Turim, que utiliza a expressão muito significativa para tal prova: “*male captum, bene retentum*”, o que foi mal (colhido no momento material) foi bem conservado (no momento processual);
- b) a prova ilícita é admissível em decorrência da unidade do ordenamento jurídico, quer a vedação seja constitucional ou processual. Dando uma dimensão ampla e conatural do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que for utilizada ou valorada um meio de prova de origem ilícita, tende a afetar tal princípio;
- c) a inadmissibilidade da prova ilícita mediante violação de norma de conteúdo constitucional, porque será inconstitucional; exemplo: a obtenção de confissão mediante tortura;
- d) admite-se a produção da prova ilícita com violação de dispositivo constitucional, em casos excepcionalíssimos. Este paradigma de ponderação, em que o interesse punitivo figura invariavelmente como um dos bens ou interesses, a levar aos pratos da ponderação, objetiva proteção aos valores fundamentais mais relevantes do que aqueles infringidos (CASTRO, 2010, p. 95/96).

Frente a tais ensinamentos constata-se que a doutrina diverge quanto a admissibilidade ou não de provas ilícitas. Mas em nosso sistema jurídico prevalece o entendimento de que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal, sendo certo também que em situações excepcionalíssimas elas serão aceitas, especialmente se forem benéficas aos acusados.

Logo, a interceptação telefônica, ainda que ilícita, poderá ser aceita como meio de prova no processo penal, desde que ela, seja utilizada em prol do acusado, ou seja, quando se constituir em prova que sirva para absolver ou ao menos atenuar a situação do increpado.

Sobre a inadmissibilidade das provas no processo penal, não se pode deixar de citar o Informativo 589 do Pretório Excelso:

INFORMATIVO Nº 589

TÍTULO

Recebimento de Denúncia e Provas Ilícitas - 2

PROCESSO

HC – 92467

ARTIGO

Em divergência, o Min. Celso de Mello concedeu a ordem, determinando a extinção do procedimento penal, sem prejuízo de o Ministério Público, eventualmente, oferecer nova peça acusatória com base em prova lícita. Considerou que se mostraria indivisível a questão da ilicitude da prova penal resultante de interceptação telefônica tal como qualificada no anterior julgamento do HC 57624/RJ pelo STJ. Afirmou que a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância do poder perante a qual ela se instaura e se desenvolve, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do devido processo, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, umas de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. Após, pediu vista dos autos o Min. Gilmar Mendes. HC 92467/ES, rel. Min. Eros Grau, 1º.6.2010. (HC-92467)

Referido informático, deixa patente que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal, salvo, como já ressaltado anteriormente, em casos excepcionais e ainda, desde que em benefício do acusado.

Aqui deve-se enfatizar ainda que a prova ilícita não será aceita no processo, como também toda aquela que dele decorrer, ou seja, se uma prova decorreu de outra ilícita, também será ilícita. A isso a doutrina convencionar chamar de “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou Prova Ilícita por Derivação”. Sobre o assunto ensinam Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (Código de Processo Penal para Concursos):

A teoria dos frutos da árvore envenenada ou da prova ilícita por derivação, que até então encontra assento apenas na jurisprudência, passa a ter respaldo legal. As provas que decorrem de uma ilícita também terão tal status, em verdadeira contaminação em cadeia. Todavia, é necessário lembrar que:

a) Havendo um plexo de provas no processo e inexistindo interligação ente elas, não há que falar em contaminação. Assim a existência de provas absolutamente independentes da ilícita imprime conformidade ao processo. A prova ilícita deve ser desentranhada, e o processo estará convalidado em razão das provas lícitas que não possuem nexos com a prova contaminada.

b) Se as provas derivadas, no caso concreto, objetivamente seriam descobertas de outra maneira (idônea), não há que se falar em contaminação, pois a ilicitude pretérita não foi decisiva. Por essa razão, mesmo havendo vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada, caso fique demonstrado que esta última seria descoberta

de outra maneira legítima, não haverá extensão do vício. É o que se tem por teoria da descoberta inevitável (TÁVORA e ARAÚJO, 2010, p. 224/225).

Frente a tais ensinamentos pode-se ver que também aquela prova decorrente de outra ilícita, também estará evitada de ilicitude, salvo, se ela vier a ser descoberta de outro modo legítimo, pois nesse caso, não estará imbuída de ilicitude. Desse modo, por exemplo, se por meio de interceptação telefônica não autorizada judicialmente, a polícia obtém confissão do acusado e depois ele não confessa o crime, certamente a prova é ilícita, pois obtida de forma viciada. Mas caso ele, perante o magistrado venha a confessar novamente o crime a confissão será válida, pois obtida de acordo com os preceitos legais que lhe são aplicáveis e com respeito as garantias processuais direcionadas aos acusados.

Por todo o exposto, pode-se se ver que a interceptação telefônica se constituiu em meio de prova, logo, se submete às normas processuais penais em vigor. E ainda, vê-se também que a sua validade no contexto processual penal depende do respeito a toda a disciplina normativa que lhe é aplicável, sob pena, de adquirir o caráter de prova ilícita e desse modo, se tornar inadmissível no âmbito processual.

6.1 Do princípio da proporcionalidade

Ao dedicar aos estudo dos reflexos da interceptação telefônica no processo penal, especialmente no que tange as provas, não se pode deixar de lado, o princípio da proporcionalidade, pois ele é importante instrumento de ponderação na decisão quanto a aceitação ou não de provas ilícitas. Passa-se agora a tecer algumas considerações sobre referido princípio.

O nascimento do princípio da proporcionalidade ocorreu no direito americano, onde é conhecido como princípio da razoabilidade, mas ele só atingiu seu ápice no direito alemão, onde também se usa a denominação por nós empregada. Além da denominação diversa, o direito americano e alemão dão a ele fundamentos distintos: neste ele funda-se no estado democrático de direito; naquele, no devido processo legal, no que foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 958-3/RJ. Fora essas duas distinções, o princípio possui tanto no direito americano quanto no alemão a mesma formulação.

Esse princípio é mais facilmente sentido do que conceituado. Pelo princípio da proporcionalidade, na interpretação de determinada lei ou da constituição, devem ser

sopesados os interesses e direitos em jogo, preferindo-se o interesse ou direito mais importante, de modo a dar-se a solução concreta mais justa, ou seja, trata-se de uma análise sobre a proporcionalidade entre dois interesses e direitos em jogo, devendo-se adotar aquilo que se afigurar como proporcional.

Com base neste princípio, a doutrina e a jurisprudência procuram mitigar o aparente caráter absoluto do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, admitindo, em alguns casos excepcionais, a utilização no processo da prova ilícita, como já salientado anteriormente.

A utilização de prova ilícita em favor da defesa é aceita unanimemente, de modo que se torna dispensável listar os autores que a admitem. Neste caso, quando o réu obtém a prova de modo ilícito, entende-se que há o confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Além disso, há autores que entendem haver no caso legítima defesa, excluindo a ilicitude, de modo que a prova obtida pelo réu seria até mesmo lícita, haja vista a importância que ela representa para sua defesa.

No tocante à utilização da prova ilícita pela acusação, quase toda a doutrina manifesta-se contrariamente, podendo-se citar a título de exemplo: Ada Pellegrini Grinover (Novas Tendências do Direito Processual), Luiz Flávio Gomes (Interceptação Telefônica – Lei nº 9.296 de 24/07/96) e Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (Código de Processo Penal para Concursos), dentre vários outros doutrinadores. Raros são os autores que admitem o emprego da prova ilícita a favor da acusação.

Aqui deve-se consignar que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o emprego da prova ilícita “*pro societate*”. No julgamento do HC 3.982-RJ (RSTJ 82/321), admitiu como válida, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida (no caso, interceptação telefônica autorizada antes da Lei nº 9.296/96). Essa mesma decisão foi reafirmada no HC 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – nº 13/96, p. 217) e no HC 6.129-RJ (RSTJ 90/364).

Mas nesse ponto deve-se ressaltar que apesar dos casos excepcionalíssimos em que se tem aceitado a prova ilícita em prol da acusação, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal, especialmente, se utilizadas pela acusação.

Por todo o exposto, vê-se que em situações excepcionalíssimas e por influência do princípio da proporcionalidade, tem-se admitido o emprego de provas ilícitas no processo penal, especialmente em prol da defesa, pois no que tange a sua utilização pela acusação ainda é muito pequena, haja vista o risco que representa as garantias dos cidadãos brasileiros.

7 CONCLUSÃO

Tendo se dedicado ao estudo a interceptação telefônica no cenário do direito brasileiro, pode-se ver que ela encontra respaldo no texto constitucional, ou seja, no art. 5º, inciso XII da Lei Magna. Constata-se também, que a despeito da regra constitucional de 1988, somente em 1996 é que a interceptação telefônica efetivamente pode ser utilizada de forma legítima em nosso sistema jurídico, pois o preceito constitucional que a legitimou não era auto aplicável e deixou claro que cabia ao legislador ordinário definir os casos e a forma que a mesma deveria adotar. Com essa determinação foi editada a Lei nº 9.296/96 regulando a matéria.

Diante da disciplina constitucional e legal inauguradas, surgiu a necessidade em se delimitar o âmbito de incidência da interceptação telefônica, sendo certo também que viu-se nascer a necessidade de conceituá-la e diferenciá-la das escutas e gravações, sejam telefônicas ou ambientais, pois isso implicaria em delimitar o âmbito de incidência da norma constitucional. Por bem, consagrou-se o entendimento de que somente aquela interceptação realizada com autorização judicial, e por terceiro, sem o conhecimento de nenhum, ou de apenas um dos interlocutores é que poderia ser abrangida pela norma constitucional, pois as demais formas de gravação de conversas, não são por elas abrangidas.

Vê-se nesse contexto também que a Lei nº 9.296/96, apesar das críticas que lhe são endereçadas, hoje é o instrumento normativo regulador das interceptações, definindo os casos em não é admitida, bem como o tipo penal específico ao contexto das interceptações, o que, até sua edição não existia e ocasionava grande dificuldade em punir aqueles que desrespeitavam o sigilo das comunicações.

Por fim, cumpre ressaltar que a interceptação também é influenciada pelas normas processuais penais em vigor, posto que se afigura como meio de prova, admissível apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, devido a seu caráter de medida de exceção, por afrontar o direito ao sigilo das comunicações, só foi autorizada pelo legislador constituinte, desde que seja utilizada para esses dois escopos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 10, 1988.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 24 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4117.htm>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em 24 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/43/1998/95.htm>>. Acesso em 11 de abril de 2011.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Maria F.. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2 ed. São Paulo: RT, 1995.

Enunciado nº 250 STF. Prisão Ilegal e Provas Ilícitas (transcrições). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=grava%E7%E3o+e+c landestina+e+admissibilidade&base=baseInformativo>>. Acesso em 17 de janeiro de 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica – Lei nº 9.296 de 24/07/96**. São Paulo: RT, 1997.

Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Proibição da Prova Ilícita – Novas Tendências do Direito** (CF, Art. 5º, LVI). São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STJ. Enunciado 357. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

STJ. Enunciado 380. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

STF, Informativo 589. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo589.htm>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

STF. Jurisprudência. RE 402717 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 02/12/2008. Órgão Julgador: Segunda

Turma e HC 80949 / RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 30/10/2001. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=grava%E7%E3o+e+clandestina+e+admissibilidade&base=baseAcordaos>>. Acesso em 17 de janeiro de 2011.

STF. Jurisprudência. HC 69.818-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 148/213 e HC 75.513, Rel. Min. Moreira Alves, RT 740/525 e RT 734/627. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 17 de janeiro de 2011.

STF, Jurisprudência. RE 583937 QO-RG / RJ - RIO DE JANEIRO. REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RELATOR(A): MIN. MIN. CEZAR PELUSO. Julgamento: 19/11/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=grava%E7%E3o+e+clandestina+e+admissibilidade&base=baseRepercussao>>. Acesso em 17 de janeiro de 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. Salvador: Jus Podivim, 2010.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011.

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

MEIRIELE DE PAULA FONSECA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

**Três Pontas
2011**

MEIRIELE DE PAULA FONSECA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Evandro Marcelo dos Santos.

**Três Pontas
2011**

MEIRIELE DE PAULA FONSECA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Evandro Marcelo dos Santos.

Prof^ª. Camila Oliveira Reis.

Prof^ª. Raquel Monteiro Calanzani de Mattos.

OBS.:

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível. Aos meus pais João Messias e Lourdes, pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus colegas, professores, a minha família e ao meu namorado Tiago por terem ajudado na construção deste trabalho.

“São os homens e não as leis que precisam mudar. Quando os homens forem bons, melhores serão as leis. Quando os homens forem sábios, as leis, por desnecessárias, deixarão de existir. Mas isto, será possível somente, quando as leis estiverem escritas e atuantes no coração de cada um de nós.” – Hermógenes.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a interceptação telefônica, tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito infraconstitucional. Ocorre que antes de tecer comentários relacionados a disciplina constitucional e legal aplicáveis a matéria, faz-se mister conceituar e diferenciar o que vem a ser a interceptação, escuta e gravação telefônica, pois só assim será possível compreender o âmbito de incidência do permissivo constitucional relacionado as interceptações das conversas telefônicas. Após conceituar e diferenciar a interceptação telefônica das gravações e escutas telefônicas e ambientais passa-se a analisar o tratamento constitucional a ela dispensado, bem como a Lei nº 9.296/96, editado especialmente para regulamentar o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal que excepcionou o sigilo das comunicações, e permitiu o seu emprego para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ainda no âmbito da Lei nº 9.296/96 merece destaque o seu art. 10, que tratou de solucionar a problemática relacionada a repressão daqueles que violavam o sigilo das comunicações telefônicas, pois nesse artigo foi criado um tipo penal específico para conduta daquele que interceptar ao arrepio da lei comunicações telefônicas e também de quem quebrar o segredo de justiça inerente ao procedimento da interceptação. Por fim, busca-se apresentar as principais influências relacionadas ao processo penal, especialmente no que tange a matéria probatória, pois a interceptação telefônica é meio de prova, e como tal se submete a disciplina consagrada no Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Interceptação telefônica, tratamento constitucional e legal, influências da legislação processual penal.

ABSTRACT

The present work analyze the telephone interception, both within the constitutional framework and under infra. Occurs before that comment related discipline applicable constitutional and legal matter, implies the need to conceptualize and differentiate what comes to the interception, listening and recording device, because only then can we understand the scope of permissive incidence of related constitutional interceptions of telephone conversations. After conceptualizing and differentiate recordings of telephone interception and wiretapping and environmental is to examine the constitutional treatment accorded to it, as well as Law No. 9.296/96, edited specifically to regulate the art. 5, Paragraph XII of the Constitution that exceptional secrecy of communications, and allowed its use for purposes of criminal investigation or criminal procedure. Also within the scope of Law No. 9.296/96 your art deserves. 10, which tried to solve the problems related to repress those who violated the secrecy of telephone communications, as this article was created for a specific type criminal conduct of those who in defiance of the law to intercept telephone communications as well as those who break the secrecy inherent the procedure of interception. Finally, we seek to present the main influences related to the criminal process, especially when it comes to matters pertaining to evidence, because the interception is evidence, and as such undergoes discipline enshrined in the Code of Criminal Procedure.

Keywords: *Interception, treatment, constitutional and legal influences the criminal procedure law.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
2.1 Conceito e diferenciação entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica.....	11
2.2 Interceptação, escuta e gravação ambiental.....	14
2.3 Amplitude do vocábulo interceptação telefônica	16
3 A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	19
3.1 Direito ao sigilo das comunicações estatuído como garantia fundamental	19
3.2 O tratamento constitucional da interceptação e escuta telefônicas	20
3.3 Críticas ao dispositivo constitucional autorizador da interceptação telefônica..	24
3.4 Interceptação telefônica X intimidade.....	27
4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE A DISCIPLINA DA LEI Nº 9.296/96.....	41
4.1 Comentários a Lei de Interceptação Telefônica.....	42
4.1.1 Pressupostos da interceptação telefônica.....	42
4.1.2 Procedimento da interceptação telefônica	51
5 O CRIME DE ESCUTAS TELEFÔNICAS NO BRASIL.....	59
6 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM FACE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	67
6.1 Do princípio da proporcionalidade.....	71
7 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	74