

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

JULIO CESAR MOSCHINI FILHO

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO
TELEFÔNICA

CUIABÁ
2010

JULIO CESAR MOSCHINI FILHO

**INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO
TELEFÔNICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador:

**CUIABÁ
2010**

JULIO CESAR MOSCHINI FILHO

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção Do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A interceptação telefônica é um instrumento de grande importância para o Direito Processual Penal. Objetiva-se apresentar nesta monografia, a análise da Lei 9296/96 em comparação com a Constituição Federal de 1988, visando demonstrar a importância da interceptação telefônica como meio de prova, bem como, suas teorias, conceito e evolução histórica. Visando verificar até quando é admissível violar a intimidade de uma pessoa, direito esse constitucionalmente garantido, para que a verdade possa ser descoberta e a justiça seja feita sem que haja abusos por parte do Poder Público. Com isso, a interceptação foi estabelecida pelo legislador como instrumento que pode ser utilizado tanto para investigação criminal como para a instrução processual penal, visando à obtenção de uma prova. É necessário que seja obtida de forma legal, por isso, somente poderá ocorrer se autorizada por escrito, por juiz competente e fundamentada. A lei traz alguns casos excepcionais, onde será realizada pelo acusado para que este comprove sua inocência. A informação colhida mediante interceptação da conversação telefônica não pode ser esbulhada por qualquer cidadão.

Palavra-chave: Interceptação Telefônica; objeto; prova; moral; legislador

ABSTRACT

The interception is an important instrument for the Criminal Procedural Law. Aims to present this monograph, the analysis of the Law 9296/96 compared with the 1988 Federal Constitution, to demonstrate the importance of telephone intercept as evidence, as well as his theories, concepts and historical evolution. Aiming to verify when it is permissible to violate the privacy of a person, a right constitutionally guaranteed, so the truth can be discovered and justice is done without any abuses by the Government. Thus, the interception was established by the legislature as a tool that can be used both for criminal investigation as to the criminal procedural, aiming to produce a proof. It needs to be obtained legally, therefore, can only occur if authorized in writing by a competent court reasoned. The law brings some exceptional cases where the accused will be held so that this proves his innocence. Information gathered through interception of telephone conversation can not be dispossessed by any citizen.

Key-Word: Telephone interception; object; proof; moral legislator

SUMARIO

INTRODUÇÃO	7
PROVA	8
2.1. Conceito	8
2.2. Finalidade da prova	9
2.3. Objeto da prova	10
2.4. Meios de prova	10
2.5. Princípios	11
2.5.1. Princípio da comunhão da prova	11
2.5.2. Princípio da liberdade da prova	11
2.5.3. Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	11
2.6. Procedimento probatório	12
2.7. Sistema da intima convicção ou da certeza moral do juiz	13
2.8. Sistema das regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada	14
2.9. Sistema da livre convicção ou da persuasão racional	14
PROVAS ILICITAS	15
3.1. Prova ilícita e ilegítima	15
3.2. A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	17
3.3. Princípio da proporcionalidade	18
3.4. Prova ilícita <i>pro reo</i> e <i>pro societate</i>	19
3.5. Prova ilícita por derivação	20
INTERCEPÇÃO TELEFÔNICA	24
4.1. O advento da Lei n.º 9296/96	24
4.1.1 Aspecto constitucional	26
4.2. A inconstitucionalidade da Lei 9296/96.....	27
4.3. Diferença entre interceptação de comunicação telefônica, escrita telefônica e gravação clandestina de comunicação telefônica	30
4.4. Constitucionalidade do art. 1º da Lei 9296/96	31
4.5. Requisitos da interceptação	34
4.6. Da prova emprestada	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICAS	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar o instituto da interceptação telefônica. Porém, faz-se necessário, uma breve explanação acerca de provas. E, dentro de provas, sobre provas ilícitas. Facilitando desta forma a compreensão do assunto.

O primordial do trabalho é demonstrar a eficácia da interceptação telefônica para a investigação penal na obtenção de provas elementares na atividade persecutória, mesmo que, excepcionalmente, afronte o direito constitucional assegurado, pois analisaremos a possibilidade da defesa utilizar uma interceptação telefônica sem mandado judicial para provar a inocência do acusado.

A Lei 9.296/96 será analisada com detalhes, pois se trata de um estatuto jurídico específico para as interceptações telefônicas, já que o legislador constituinte no artigo 5º, inciso XII, permitiu a quebra do sigilo destas comunicações “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal”.

A aplicação da interceptação de telefonemas busca provar que alguém é culpado por praticar infração penal e que não há outros meios necessários para realizar tal comprovação e visa não violar o texto constitucional, mas sim proteger os valores fundamentais para a manutenção da vida social, combatendo o crime e reparando algo valorado negativamente.

Pelo exposto acima fica clara a importância deste tema na atualidade, onde o conflito entre dogmática constitucional e concepções funcionais do Sistema Penal, torna-se neste assunto a discussão principal, tendo como pano de fundo o alcance das limitações constitucionais aos direitos fundamentais.

PROVAS

2.1 Conceito

Prova é a coluna cervical do processo, exatamente porque a suprema pretensão processual é relevar aquilo que se houve em determinado tempo e lugar, relacionado com o fato de tipo criminoso, a fim de que a situação jurídico-penal seja definida, aplicando-se, em conseqüência dessa definição, a responsabilidade a quem tiver sido encontrada em culpa criminal, se for o caso. A tendência verificatória pode medrar, todavia, a absolvição do indigitado, bem como, noutros termos, um juízo prejudicial com que se obstacularize o enfrentamento do mérito da causa criminal, o fato em si. As decisões judiciais, portanto, podem ser positivas, negativas ou prejudiciais, consoante acolham, rejeitem ou sofram obscurização de modo a considerar diretamente a pretensão acusatória tal como fora formulada na denúncia ou na queixa-crime, respectivamente.

O Professor Paulo Rangel conceitua prova como:

Sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.¹

Outrossim, já na concepção do Professor Tourinho:

Provar é, primordialmente corolário para caracterizar a existência da verdade, sendo as provas os meios, pelos quais, se busca estabelece-la. Por outro lado, entende-se ainda, por prova, precipuamente, como sendo o conjunto de elementos produzidos pelos jurisdicionados ou próprio juiz, almejando estabelecer a andadura, dentro da demanda, em razão da existência de determinados fatos. Por conseguinte, é o instrumento de verificação do tema *probandum*. Em verdade, provar significa fazer com que os outros possam desvelar a cisão quanto a verdade que nos é conhecida.

Mormente, a prova tem como essencial finalidade ou objetivo, o convencimento do juiz, aclarando os fatos, colacionados pelos jurisdicionados, levando-os a seu conhecimento, propiciando seu convencimento cingido de veracidade. Sendo, o destinatário

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2004. p. 405.

essencial da prova o juiz; não podemos relevar que os jurisdicionados são igualmente interessados, salvaguardado o interesse pessoal que cada qual possui e, conseqüentemente, destinatários indiretos das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.²

2.2 Finalidade da prova

Dessa forma, a prova é o aspecto mais proeminente do processo penal, pois é por ela que se evidenciam os fatos, não apenas os fatos considerados em sua integralidade, mas em todos os seus circunstanciamentos, em todos os seus detalhes, nuances, tanto em relação aos seus efeitos, aos seus resultados, quanto também em relação aos seus motivos. Essa proeminência se revela, tanto mais, na ordem do processo penal moderno, tanto porque se trata de uma disciplina prática, cujas normas sofrem ativação no justo instante em que as delinquências são perpetradas, quanto porque não há crime sem resultado e não se pode deliberar a seu respeito por simples suposição, ou prova formal, como cabe em certos casos privados submetidos a juízo cível.

Como afirma Adalberto Camargo Aranha:

No juízo criminal julga-se muito mais o fato do que o direito, o que torna, indubiosamente, muito mais penoso e contencioso no seu julgamento. No juízo cível, aplica-se mais o direito, com muito menor exame fático.³

Provar é antes de tudo, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Logo, a prova é um direito essencial para quem está pleiteando um pedido no judiciário ou está se defendendo, porque é através desse meio que a parte demonstrará ao juiz a reconstrução dos fatos, ou seja, a chamada “verdade real”.

² TOURINHO, Filho, Fernando da Costa. *manual de processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 124.

³ ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

2.3 Objeto da prova

O objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança.

No processo penal, os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, face os princípios da verdade processual e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos.

Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão de causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter solução do litígio.

2.4 Meios de prova

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utilizada para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova.

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade.

Assim, na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, lhes pertence; porém, sua atuação é delimitada por lei.

2.5 PRINCÍPIOS

2.5.1 Princípio da comunhão da prova

O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.

Os princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão de provas.

2.5.2 Princípio da liberdade da prova

O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade processual. Assim, na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence; porém, sua atuação encontra limites previstos em lei.

A liberdade da prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento desta limitação está em lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito.

2.5.3 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu, como direito e garantia fundamental, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, LVI).

O ponto de partida para o estudo da ilicitude da prova é o conceito amplo de prova proibida que, embora não seja uniforme, serve bem para determinar todo e qualquer tipo da prova vedada pelo direito.

2.6 Procedimento probatório

Segundo conceito usado por Paulo Rangel:

É o conjunto de atos com o escopo de alcançar, no processo, a “verdade real” ou histórica, formando o convencimento do juiz. Visa à realização prática dos meios de prova a fim de estabelecer, o mais que possível, a certeza dos fatos objeto da lide.⁴

É normalmente dividido em quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração.

A proposição da prova é ato das partes quando da postulação em juízo. É nesse momento que as partes envolvidas no processo vão indicar a provas que pretendem que sejam realizadas, sob pena de preclusão. Importante dizer, que as provas novas devem estar vinculadas a fatos supervenientes e apurados no decorrer da instrução, não se confundindo com aquelas que poderiam ser requeridas inicialmente.

A segunda fase do procedimento probatório é a admissão das provas. Nessa fase o juiz deve verificar se as provas requeridas e indicadas pelo Ministério Público são admissíveis, ou seja, se são provas legais ou moralmente legítimas.

Esse juízo de admissibilidade pode ocorrer a qualquer momento. É melhor que o julgador manifeste-se a respeito tão logo seja apresentada a defesa prévia, pois nessa fase já haverá as provas requeridas e indicadas por ambas as partes.

Na terceira fase, a da produção, as provas que foram indicadas pelas partes são submetidas ao crivo do contraditório, pois a produção é exatamente a valoração, feita pelas partes, do material probatório.

Há certas provas realizadas na fase de inquérito policial como bem coloca o doutrinador Paulo Rangel 4, que não se reproduzem em juízo e são chamadas de provas renováveis. Logo, como essas provas são realizadas fora do juízo e não têm a possibilidade de serem renovadas, não são submetidas ao contraditório. Enquanto que as provas renováveis, mesmo produzidas em inquérito policial, por serem realizadas também em juízo, sujeitam-se ao contraditório.

⁴ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2. ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2000, p. 279.

A quarta e última fase do procedimento probatório é a valoração das provas, também chamada de apreciação das provas. É nele que o juiz valora as provas, apreciando-as e motivando sua decisão para dar a cada um aquilo que é seu. Portanto, é através da apreciação das provas que o magistrado atingirá a “verdade real”, tão procurada ao longo do processo.

Para obter essa valoração existem três sistemas: o da certeza moral do juiz; o da certeza moral do legislador e o da livre convicção.

2.7 Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz

O legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência.

O fundamento da sentença é a certeza moral do juiz. O principal argumento da decisão é a convicção do magistrado.

O sistema da íntima convicção deixava o réu ao arbítrio do julgador e necessário se fez vir aos poucos temperando esse arbítrio, impondo-se ao juiz a observância de certos preceitos legais, diminuindo, assim, a sua discricionariedade. O juiz deveria observar o que dizia a lei e não mais agir de movido por impulsos pessoais, decidindo como bem quisesse.

2.8 Sistema das regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada

O sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou, ainda, chamado de prova tarifada, significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal. Pois, se a lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto.

Na verdade, esse sistema é a desconfiança que o legislador tem do juiz. Em termos de provas, não vale mais o que o juiz diz, mas, sim, o que o legislador estabelece como meio de prova prioritário.

O sistema da prova tarifada tem resquícios no atual Código de Processo Penal, pois, em seu art. 158 c/c art. 564, III, b, a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade. Ou seja, para a lei, somente poderá ser provado o fato se houver corpo de delito, pois, do contrário, haverá nulidade do processo.

Outro resquício desse sistema é a previsão do art. 232, parágrafo único, do CPP, pois condiciona a validade da fotografia do documento a sua autenticação. Ou seja, é o legislador dizendo o quanto vale a fotografia do documento, ou melhor, quando e como ela será válida.

O sistema da certeza legal tem íntima ligação com as presunções absolutas, pois amarra o juiz, não o deixando investigar a verdade dos fatos.

2.9 Sistema da livre convicção ou da persuasão racional

A adoção do sistema do livre convencimento é expressão da vontade do legislador, que dá ao juiz liberdade de agir de acordo com as provas que se encontram nos autos, pois, se não estão nos autos, não existem no mundo. Diz o art. 157 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

O sistema da livre convicção ou da persuasão racional faz com que o magistrado somente condene com base na provas contraditadas, ou seja, aquelas que foram objeto de análise judicial e submetidas às partes para que pudessem utilizar do contraditório, impedindo, assim, a chamada condenação com base em provas do inquérito policial.

Logo, por esse princípio podemos concluir que se mantém ao juiz a liberdade de apreciação e valoração das provas, mas vincula o seu convencimento ao material probatório constante dos autos, e o obriga a fundamentar sua decisão.

PROVAS ILÍCITAS

Não existe, no Brasil, um conceito único acerca da prova ilícita ou prova obtida por meio ilícito, divergindo os autores a propósito do seu significado.

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça gênesis pelo titular da ação penal pública, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um estado democrático de direito.

Prova ilícita consiste na prova obtida por meios não aprovados pela legislação pátria ou meios que contrariam direitos zelados por alguma legislação, seja ela ordinária, complementar, carta magna etc.

O direito à prova engloba todo e qualquer meio probatório ao dispor das partes. A regra é a liberdade probatória. Há, todavia, exceções, que devem ser razoavelmente justificadas. Abandona-se, portanto, na atualidade, a enumeração taxativa dos tradicionais meios de prova para permitir que se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição de fatos (provas atípicas).⁵

3.1 Prova ilícita e ilegítima

Normalmente, estabelece-se uma confusão entre os termos “prova ilegal”, “prova ilícita” e “prova ilegítima”, mas há diferenças.

A prova ilegal é o conjunto de todas as provas obtidas com infração às normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material.

Prova ilícita e ilegítima são espécies de prova ilegal. A primeira viola proibição de direito material, infringe normas ou princípios postos pela Constituição e

⁵ Moreira, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. São Paulo: Forense, 1995. p. 125.

pelas leis, a fim de proteger as liberdades públicas, os direitos da personalidade e sua manifestação. Já a segunda, infringe proibição de ordem processual.

Destarte, o Professor Paulo Rangel cita ainda as provas irregulares, que, não obstante serem admitidas processualmente, são colhidas em confronto as formalidades existentes, ou seja, embora sejam admitidas no âmbito processual vigente, torna-se necessária a sua valia o cumprimento de determinadas formalidades de estilo, que não são utilizadas. Como exemplo tem-se que, a busca domiciliar é permitida (art. 5º, XI, CRFB c/c art. 240, CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP. Se no mandado constar que o objeto a ser apreendido é uma arma de fogo, não poderá ser apreendido qualquer outro instrumento que não conste do mandado, sob pena de colheita de prova irregular.

Em nota do referido Professor:

A prova ilícita é violadora do direito material, quer seja, porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura por exemplo); quer seja, porque permite, mas desde que se cumpra com que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A prova ilegítima é aquela, que é proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade). A prova irregular é aquela que acolhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não esta compromissada a dizer a verdade).⁶

A prova ilícita não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A CFRB, no art. 5º, inciso LVI, com efeito, dispõem, de todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁶ RANGEL, Paulo, obra citada, p. 419.

Esse preceito constitucional encerra regra aparentemente absoluta, no sentido de proibir a admissão de toda e qualquer prova ilícita, seja ela produzida por autoridade ou particular em processo penal ou não.

3.2 A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A partir da vigência da nova Carta magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.

A grande maioria dos doutrinadores entende que a prova obtida por meios ilícitos deve ser excluída do processo, mesmo que os fatos por ela apurados sejam de grande relevância, uma vez que assume um conceito de inconstitucionalidade.

Sendo predominante a posição desfavorável à admissibilidade processual das provas ilícitas, deve-se lembrar que tal previsão é atenuada pelo princípio da proporcionalidade e da admissão da prova ilícita *pro reo*.

A jurisprudência do STF é uníssona no sentido de que o princípio da proporcionalidade deve ser aceito somente *pro reo*, mas há uma decisão isolada do STJ que admite o princípio da proporcionalidade *pro reo* ou *pro societate*.

Como bem assevera José Frederico marques:

“Limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção a garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova (...) inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória.”⁷

Acrescenta Ada Pellegrini Grinover que é:

Inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*) significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e

⁷ Marques, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 294.

compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são, freqüentemente ilícitos penais.”⁸

Este tema deve ser regulamentado pela futura Lei Maior, porque a nova norma constitucional deve proibir as provas obtidas por meios infames.

3.3 Princípio da proporcionalidade

A teoria dominante da inadmissibilidade das provas ilícitas vem sendo atenuada pelo princípio da proporcionalidade, que visa corrigir possíveis distorções a que a exclusão poderia acarretar em casos excepcionais. O objetivo é impedir que a injustiça se concretiza apenas pela observância de procedimentos legais.

Esse princípio contraria todas as teorias de inadmissibilidade da prova ilícita, uma vez que busca atingir um equilíbrio na aceitação desta prova, alegando que, na maioria dos casos, esta é obtida visando a garantia de um bem maior que é a liberdade.

Mesmo que a CFRB adote o critério absoluto da inadmissibilidade das provas ilícitas, há uma doutrina e jurisprudência dividida. Existindo entendimentos que defendem a inadmissibilidade, em função da norma constitucional, e outros que defendem inexistência de direito fundamental absoluto, e muito menos hierarquia entre estes. Os doutrinadores que apóiam essa última corrente são José Carlos Barbosa Moreira, Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Calmon de Passos.⁹

Se um acusado consegue demonstrar sua inocência de maneira incontestada, mas com base em prova ilícita, tem-se inclinado a doutrina pela não-aplicabilidade do artigo 5º, inciso LVI, CFRB, já que o direito de provar a inocência se impõe sobre o interesse estatal de sancionar condutas típicas.

Pode-se concluir que o princípio da proporcionalidade é utilizado com fim de equilibrar valores constitucionais. Não obstante encontre a sua crítica na sua subjetividade conferida ao órgão julgador, vem sendo esta teoria largamente

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As Nulidades no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁹ Rangel, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83.

acolhida, exatamente pelo senso de justiça que domina a sociedade brasileira nos dias atuais. A aplicação cega da lei pode acarretar em decisões repugnantes, contrariando o ideal de justiça.

3.4 Prova ilícita *pro reo* e *pro societate*

A utilização da prova ilícita em favor da defesa é aceita pela quase maioria da doutrina em direito, de modo que se torna dispensável os autores que admitem.

Assim, 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.

Essa teoria da prova ilícita *pro reo* releva justiça e liberdade como objetivo fundamental da República do Brasil. Assim sendo, o juiz no momento da admissibilidade da prova ilícita, deverá fazer com que esses valores prevaleçam em contraposição com o direito à intimidade por protegerem um bem jurídico mais relevante.

No tocante à utilização da prova ilícita pela acusação, há uma grande divergência entre os doutrinadores, portem, a maioria deles se manifesta contrariamente, podendo citar a título de exemplo: Ada Pellegrini Grinover, Luis Flávio Gomes e Antônio Magalhães Gomes Filho. Raros são os autores que admitem o emprego da prova ilícita a favor da acusação.

Para melhor entendimento, imagine a hipótese de um acusado que realizou uma interceptação telefônica ilicitamente e essa é a única prova de sua inocência. Essa gravação, em regra é declarada ilícita, mas por ter sido gravada por um dos acusados visando, pura e simplesmente, sua absolvição, é possível a admissão dessa prova, devido ao princípio da prova ilícita *pro reo*.

Com essa lição concordamos integralmente se se trata de utilizar a prova “ilícita” em favor do acusado, porque em jogo está a sua inocência. Dela discordaríamos se porventura se pretendesse sua validade geral. Contra o acusado não pode ser produzida prova ilícita. Por ser ofensiva ao princípio da legalidade, não serve para afetar o princípio da presunção de inocência.

Assim, caso houvesse uma interceptação telefônica, sem autorização judicial, mas realizada pelo réu para comprovar sua inocência, entende-se que a

conduta do réu que intercepta a ligação foi para preservar sua liberdade de locomoção, se encontrando em estado de necessidade. Portanto, sua conduta está amparada pelo direito não podendo ser chamada de ilícita.

3.5 Prova ilícita por derivação

O problema da prova ilícita por derivação diz respeito àquela prova obtida de forma lícita, mas a que a ela se chegou por intermédio da informação extraída de prova ilicitamente colhida.

Isto decorre do fato de que a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional. É a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, doutrina de procedência americana segunda a qual se não for possível o acesso a outras provas sem o apoio da prova ilícita as demais ficam contaminadas pela ilicitude desta, isto é, o vício de origem se transfere para as demais provas.

A teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, direta ou indiretamente, da prova ilegal, não se aplicando às provas sem relação com a contaminação. Desse modo, a presença de prova ilícita não impede o recebimento da denúncia, não havendo que se falar de sua inépcia ou nulidade do seu recebimento ou do processo, se houver outras provas independentes da contaminada. Também não implica nulidade da condenação se esta tiver se dado com base em provas independentes da ilícita.

Mas a admissão dessa teoria não constitui proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita, visto que tem encontrado limitações na doutrina brasileira, estrangeira e pela própria Corte Suprema norte-americana.

O entendimento do STF no sentido de que a prova ilicitamente originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria da árvore envenenada foi firmado em vários julgados:

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CFRB, Art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do

processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo¹⁰.

Em sentido contrário, encontra-se Paulo Rangel:

“O texto constitucional, não prevê, expressamente, a vedação à prova derivada obtida por meio ilícito. Ou seja, veda apenas a obtida por meio ilícito e não aquela que lícitamente foi obtida”.¹¹

A discussão como se pode constatar, está longe de obter solução unânime. O entendimento mais correto, todavia, parece constituir na admissão das provas derivadas, em que se autoriza ao magistrado sopesar os interesses em conflito e decidir em função do valor mais relevante, relativizando, com isto, a prova ilícita derivada.

Tem-se como exemplo uma interceptação telefônica feita sem ordem judicial, onde se descobre grande quantidade de cocaína, e diante de tal acontecimento, expede-se por ordem do juiz competente, mandado judicial para a devida busca e apreensão da mencionada substância. É válida esta busca e apreensão e, conseqüentemente, a prisão em flagrante, ou estaria ela contaminada pela ilicitude da interceptação telefônica feita sem ordem judicial?

Outra indagação salta às vistas como exemplificação do tópico em comento, qual seja, sem mandado judicial, a autoridade policial intercepta e grava conversas telefônicas, em que a prova de autoria de crime envolta pelos partícipes do diálogo e citação de nomes de terceiros, que tenham conhecimento da autoria de mesmo crime. A gravação, não há dúvida, constituiria prova ilícita e seria inadmitida no processo. Mas as partes mencionadas poderiam ser chamadas a depor e ditos depoimentos poderiam ser utilizados contra o suspeito?

O Supremo Tribunal Federal tem-se dividido entre os exemplos em voga. No início, quando chamado a ser manifestar, foi a favor deste meio de prova, entendendo que não havia contaminação, e, porquanto, teria valia ambos os

¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC nº 72588/PB. Julgado em 12 de Jun 1996. Publicado no DJU em 4 de Ago 2000. Tribunal Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹¹ Rangel, Paulo. Direito Processual Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2000, p. 259.

exemplos supracitados. Porém, após alguns questionamentos, passou a ser contrário a este meio probatório, e, taxá-la de vedada.

O STF teve oportunidade de apreciar a matéria em algumas oportunidades. Em 1993, este C. Tribunal também decidiu da mesma maneira que a Suprema Corte Americana, embora em votação acirrada, teve o voto de Minerva como critério de desempate proferido pelo seu Presidente.

Vejamos o teor do acórdão proferido:

Prova Ilícita. Escuta telefônica mediante autorização judicial. Afirmação pela maioria da exigência de Lei, até agora não editada, para que, nas hipóteses e na forma por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Carta Magna, autorizar a interceptação da comunicação telefônica para fins de investigação criminal, não obstante indeferimento inicial do hábeas corpus pela soma dos votos, no total de 6 (seis) que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do hábeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada. Nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750,24.11.93, Velloso). Conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos 5 (cinco) votos vencidos no anterior, no sentido que ilicitude da interceptação telefônica – à falta de Lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (Fruits of the Poisonous Tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.¹²

Nesse sentido, importante transcrevermos mais um Acórdão definidor da questão:

HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, 12 de junho. 1996 “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA” – Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada pelo juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art 5º, XII, da CF -, o Tribunal por maioria dos votos, aplicando a doutrina do “ frutos da árvore envenenada”, concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do

¹² HC nº 69.912, Tribunal Pleno, maioria, julgamento em 16/12/93, DJU 25/03/94, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta -, estaria “contaminado” pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indefiriram o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso a escuta – deveria ser desprezada.¹³

Com efeito, a tese original da contaminação tem sido mantida pelo STF, se houver dependência entre a prova ilícita e aquela dela decorrente. Pelo exame seqüencial dos acórdãos, restou clara a distinção das situações: se todas as provas decorrerem da obtida ilicitamente, são todas inadmissíveis; se alguma prova for independente, é legítima e subsiste.

¹³ HC 69.912-RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo nº 30), HC 72.588-PB, Rel Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 – Informativo STF – Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 – nº 35.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL

4.1 O advento da Lei nº 9296/96

O sigilo das comunicações de forma aparentemente absoluta era o grande marco das constituições anteriores à de 1988. O sistema constitucional anterior, aparentemente, vedava qualquer forma de captação de comunicações telefônicas.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em seu artigo 153, § 9º, preconizava sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, salvo nos casos de estado de sítio e de estado ou medidas emergenciais.

Neste período, a interceptação telefônica era tratada pelo código de telecomunicações, Lei nº 4117/62, e em seu artigo 57, inciso II, letra e, dispunha que não se configura violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Ademais, o artigo 56, § 2º, do mesmo texto legal, aduzia que a operação técnica de interceptação deveria ser feita pelos serviços das estações e postos oficiais. Juristas defendiam que a norma constitucional sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas não poderia ser considerada de forma absoluta, tendo em vista a necessidade de interceptação sistemática, onde nenhum direito ou garantia torna-se regra absoluta. Importante ressaltar que, mesmo para esses doutrinadores, as exceções legais deveriam ter autorização judicial motivada, observância da ocorrência de crimes graves e a presença dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Com o advento da atual Constituição, nota-se que a matéria constitucional se consolidou com o regramento diverso, conforme se verifica o artigo 5º, XII da CFRB, onde é:

Inviolável o sigilo da correspondência 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.¹⁴

¹⁴ Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, XII.

Após a publicação da Lei nº 9296/96 de 24 de Julho de 1996, a qual entrou em vigor um dia após, de acordo com o artigo 11 da mesma, não há mais discussões em relação à realização da interceptação telefônica desde que obviamente, haja perfeita adequação à aplicação da lei. O texto constitucional foi devidamente regulamentado, sendo já possível a condenação de indivíduos com base em provas obtidas por interceptação telefônica, pois a mesma tornou-se prova lícita e perfeitamente admissível no processo penal.

A lei ordinária ora analisada, além de prever a possibilidade da elaboração da interceptação telefônica apenas nos crimes apenados com reclusão quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, ressalva que a autorização deve ser dada quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis.

Antes do atual texto constitucional, a Carta Magna assegurava o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva. Paralelamente, estava em vigor o art.57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº. 4.117/62.

Esse texto era questionado em face da Constituição então vigente, eis que esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional, Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias, que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisito judicial a concessionária de telecomunicações, em casos graves.

A CFRB, pretendendo superar a polêmica, ao assegurar o sigilo das telecomunicações institui ressalva nos seguintes termos. (copiar art. 5 XII).

Em seguida, porém, outra polêmica instaurou-se, qual seja a ter sido, ou não, recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, ou se haveria necessidade de norma específica regulamentadora.

Após opiniões e pronunciamentos judiciais divergentes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4 SP, julgado em 9 de maio de 1996, concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, dependendo, pois, o texto constitucional da lei específica para tornar-se eficaz, de modo que a partir de 1988,

por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se admitiria a interceptação em nenhum caso.

A Lei regulamentadora é agora comentada, a qual, como não poderia deixar de ser, em face de qualquer diploma legal, também gerará polêmicas que serão somente dirimidas com o tempo pelos Tribunais.

4.1.1 Aspecto constitucional

Precisamente faz-se mister, ao esclarecimento da Lei ora epigrafada, desvelar-se uma interpretação constitucional pertinente.

Neste sentido, discorre o art. 5º, XII, da CRFB.

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.

Porquanto, corolário, ao artigo supracitado, tem-se que a interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no instante em que se efetua, por pessoa alheia a identidade dos dialogadores, em pejeira ao artigo supracitado.

O dispositivo constitucional em tela requeria regulamentação por lei ordinária. Desse modo, em sendo proteção da privacidade uma garantia fundamental, qualquer interceptação de comunicação telefônica, antes do advento da lei 9296/96, transformaria a prova produzida por esse meio em prova ilícita.

Com efeito, no que concerne às interceptações telefônicas, a Carta Magna, variegou uma restrição, qual seja, a possibilidade de transgressão das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos, a saber: ordem judicial; para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, e; nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

O período que antecedeu a regulamentação da interceptação telefônica foi de grande turbulência jurisprudencial, prevalecendo, no Supremo Tribunal Federal, o posicionamento, por estreita maioria, de que enquanto não sobreviesse lei regulamentadora da matéria, não poderia o juiz valer-se do Código de

Telecomunicações para autorizar a interceptação telefônica, sendo, pois, ilícita a prova assim obtida.

Destarte, o entendimento do Pretório Excelso, sobre a impossibilidade de interceptação telefônica, ainda que escoimada pela autorização judicial para, na investigação criminal ou instrução processual penal, ausente à edição da lei exigida constitucionalmente, foi mantido até a edição da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, quando então a hipótese foi regulamentada.

Decerto, não havia, no Direito Constitucional Brasileiro antecessor, qualquer dispositivo cingido quanto à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos. Em havendo interceptação telefônica sem o cumprimento destes requisitos, esta se constituirá em prova ilícita e não poderá ser utilizada no processo.

4.2 A inconstitucionalidade da Lei 9296/96

A lei 9296/96 teve por objetivo disciplinar uma lacuna no direito pátrio relativamente à regulamentação das interceptações abusivas do fluxo de comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CFRB).

Estatuindo norma fundamental e de caráter protetor da intimidade e privacidade dos indivíduos, o texto constitucional, todavia, na parte que se referia às comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, carecia da necessária regulamentação legal o que, então, possibilitou a ocorrência de inúmeros abusos contra o direito à privacidade do indivíduo com a utilização reiterada dos famosos *grampos* no sistema telefônico entre as pessoas.

Por outro lado, tal prática abusiva, de modo geral levada a efeito pelos aparelhos de investigação e, de certo modo, em algumas oportunidades com a chancela judicial, muitas vezes induzida a erro pela autoridade investigante, trouxe inegáveis prejuízos à tranqüilidade das pessoas que de um momento para outro viram sua vida privada invadida sem qualquer critério legal ou disciplinador e cujo objetivo outro não era, senão, a espionagem da vida pessoal das pessoas.

Com o advento da nova lei, então, a hipótese de proibição da interceptação telefônica, constitucionalmente protegida como garantia absoluta à intimidade e privacidade do indivíduo, passa, agora, segundo a previsão legal, a sofrer a limitação imposta pela necessidade de investigação criminal, desde que

devidamente autorizada pelo juiz e desde que haja indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (Art. 2º, inc. I).

Num primeiro momento, entretanto, é oportuno que se vislumbre o alcance da expressão “interceptação” utilizada no art. 1º, da lei 9296/96. Na verdade, a expressão não é utilizada aí no seu sentido literal de interromper, impedir, cortar, como assentam os dicionários existentes, mas sim no sentido de escutar, aprender no todo ou em parte conversa, diálogo ou comunicação mantida entre pessoas, estando, no caso, autorizado.

A disposição legal regulamentadora refere-se somente a interceptação do fluxo de comunicações telefônicas e não a quebra do sigilo que envolve dados do sistema telemático e, indubitavelmente, de dados já existentes acerca de telefonemas já efetuados.

Por conseguinte, de forma alguma, parece-nos, será possível a quebra do sigilo telefônico na parte relativa à informações sobre chamadas telefônicas anteriormente efetuada e que constituem, sem sombra de dúvidas, dados telefônicos armazenados que estão, ainda, sob o manto protetor do art. 5º, do texto magno vigente.

Como já consagrado na hermenêutica jurídica, em tema de direito fundamental do indivíduo, a disposição nova que de algum modo o contraria ou restringe, tem alcance limitado e deve ser interpretada restritivamente. Por isso mesmo, a permissão legal só deve abranger, verdadeiramente, a interceptação do fluxo de conversas mediante o meio telefônico e não, abranger o sistema de dados telefônicos existentes em nome de cada pessoa.

No que concerne ao sistema de “dados em sistemas de informática e telemática” do mesmo modo, o raciocínio jurídico é o mesmo daquele desenvolvido para as interceptações telefônicas.

Ora, a toda evidência, o que o permissivo constitucional permitia e a nova lei não observou ao regulamentar, eram as interceptações no que diz respeito às comunicações via exclusivamente telefônicas e não a quebra ou conhecimento de dados de outro sistema de comunicação como o é aquele relativo à informática e a telemática.

Em decorrência, a regulamentação levada a efeito pela Lei 9296/96, deveria se cingir a determinação de interceptação tão somente para a hipótese de comunicação entre pessoas pela via telefônica. Entretanto, não foi o que ocorreu.

Conforme reiterado entendimento de vasto segmento da doutrina pátria, o art. 5º, inciso XII da CFRB, estabelece dois tipos de vedações, a saber: uma de caráter absoluto e que se refere ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e o relativo a dados; e a outra a de caráter relativo, referentes às interceptações telefônicas na forma a que a lei dispuser.

Por outro lado, analisando o recente advento do diploma legal, prelaciona a eminente Profª Ada Pellegrini Grinover:

Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas, Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade é absoluta. A posição da Constituição não é a melhor, levando a consequência da impossibilidade de se legitimar, por lei, a apreensão da correspondência, dos dados e do conteúdo das comunicações telegráficas, mesmo em casos de particular gravidade. Mas é o que dela resulta, retirando a eficácia de dispositivos como o art. 240, parágrafo 1º, do Código de processo penal.¹⁵

Ora, tendo a lei em comento, através do parágrafo único do art. 1º estendido às interceptações às comunicações em sistemas de informática e telemática, feriu frontalmente a disposição constitucional relativa ao sigilo e proteção de dados obtidos através da telemática a cuja quebra daquele é vedada.

Por conseguinte, estando protegido constitucionalmente o sigilo de dados telemáticos de forma absoluta, bem como os relativos a dados do sistema telefônico, o rompimento, ainda que por determinação judicial, afronta direito líquido e certo do indiciado ou acusado porque a violação daqueles coloca a descoberto o conteúdo de informações de cunho pessoal que podem estar armazenados sob a forma de dados informáticos.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

4.3 Diferença entre interceptação de comunicação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina de comunicação telefônica

Antes de adentrarmos em relação à lei ora em comento, devemos fazer algumas distinções, sendo elas:

a) Interceptação de Comunicação telefônica: é sempre feita por um terceiro, estranho aos interlocutores. Porquanto, sendo feita por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, se sujeita a disciplina da Lei 9296/96. A licitude desse procedimento depende da observância do disposto nessa lei.

b) Escuta telefônica: é também feita por terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores. Prevalece, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que a escuta telefônica é uma espécie de interceptação telefônica, e, assim sendo, subjugam-se igualmente a disciplina da Lei 926/96.

c) Gravação clandestina de comunicação telefônica: é feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro. O sujeito grava a própria conversa. Sendo que esta, em nada se denota qualquer forma de similitude com interceptação ou escuta telefônica, não se sujeitando a disciplina da lei 9296/96.

Não obstante, *ad cautelam*, entendimentos diversos, melhor exemplificando, 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 seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores.

Destarte, 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. Essa conduta afronta o art. 5º, inciso X, da CFRB, diversamente das interceptações telefônicas que, conforme análise pretérita já evidenciada, afrontam o art. 5º, inciso XII, da nossa carta magna de 1988.

Elimar Szaniawski, ao expor as diferenças entre as gravações lícitas e ilícitas, afirma que:

As primeiras (gravações lícitas) consistem na realização do registro de conversações, depoimentos, conferências ou narrativas dos mais diversos fatos como a ocorrência de acidente, desabamentos, homicídios, fenômenos naturais e etc. Nessa espécie de gravação, as lícitas, verificamos que sua principal característica é que, no momento em que foi realizada a captação do som, voz ou imagem do indivíduo, tinha este o pleno conhecimento da feitura das gravações ou dos interlocutores, tratando-se de fixação de uma conversação. Pode, ainda, a gravação ser realizada perante a autoridade policial ou administrativa onde se assegurem todas as garantias constitucionais de respeito a liberdade da pessoa humana, de sua dignidade e o respeito a sua pessoa. Já o segundo grupo, o das gravações ilícitas, se caracteriza pelo fato do desconhecimento por parte do indivíduo, interlocutores, ou grupo de pessoas, de que sua voz ou imagem estejam sendo captadas e registradas por intermédio de algum aparelho em fitas para poder ser reproduzida. Inclui-se na espécie a captação da imagem por meio de fotografias do tipo chapa fotográfica, filme negativo, dispositivo (slides) ou outros meios de fixação da imagem. As gravações ilícitas podem ser classificadas em: interpelações, montagens e gravações sub-reptícias.¹⁶

Não se confunda, igualmente, a quebra do sigilo telefônico ou a quebra dos dados telefônicos, com a interceptação de comunicação telefônica. A quebra do sigilo telefônico, comumente acontece nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). Esta significa a obtenção de informações sobre o uso da linha telefônica (número de chamadas, números para os quais as chamadas foram feitas, o tempo de duração das chamadas), logo, os dados acerca do uso da linha telefônica podem ser obtidos diretamente por CPI, não dependendo, desta sorte, de autorização judicial.

4.4 Constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.296/96

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.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54.

Em conformidade com o parágrafo único do art. 1º da lei 9296/96, poderão ser interceptados os fluxos de comunicação em sistemas de informática e telemática. Porém, a Constituição da República Federativa do Brasil assegurou com direito fundamental a inviolabilidade do sigilo de comunicação como regra e, excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Desta forma, parece claro que o legislador constituinte estabeleceu como a regra o sigilo e como a exceção à interceptação, porém somente no campo penal.

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

Na visão do professor Vicente Grego Filho, a interpretação é no sentido de que no “último caso” refere-se apenas as 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.¹⁷

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.

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, mas trata-se de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo.

Atualmente, está pacificado o entendimento de que não há inconstitucionalidade alguma, sendo cediço que a CRFB/88 permite a interceptação das comunicações telefônicas e seus dados. O constituinte não pode antever o futuro, prevendo todos os meios eletrônicos, científicos, tecnológicos de transmissão de informação e obtenção de dados, desta feita, a própria a Constituição faz menção às comunicações telefônicas. A CRFB/88, entretanto, não se refere às conversas telefônicas, eis que, caso se referisse, através de uma interpretação restritiva meramente gramatical, poderia acentuar consideravelmente que o parágrafo único do art. 1º é inconstitucional. Mas, às comunicações telefônicas tem sentido mais abrangente do que conversa telefônica. Porquanto, sempre que houver a utilização de serviço de telefonia na transmissão de informações, o que ocorre na telemática e na informática, será viável dar-se à interceptação. Tem-se admitido a interceptação de informações transmitidas por fax-modem, dentre outros meios, por citar.

Em diversas ocasiões, há apreensão dos computadores (disco rígido, disquete, cds) e, posteriormente há autorização específica para a decodificação do que consta do “disco”, o que proporciona uma clarividente quebra do sigilo a respeito daqueles dados. Oportuno salientar que, a decodificação será viável nos moldes do disposto na Lei 9.296/96.

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296/96*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 24.

4.5 Requisitos da interceptação

Art. 2. 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.

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

A interceptação telefônica é medida cautelar preparatória (quando concretizada na fase policial) ou incidental (se realizada em juízo, durante a instrução). Sendo providência “cautelar”, não existe a menor dúvida de que está sujeita aos pressupostos (requisitos) básicos de toda medida cautelar, que são: *fumus boni iuris* (aparência de um bom direito) e *periculum in mora* (perigo ou risco que deriva da demora em se tomar uma providência para a salvaguarda de um direito ou interesse). São, ademais, cumulativos, porque ausente qualquer um deles já não cabe a interceptação telefônica.

O *fumus boni iuris* (aparência de bom direito), em processo penal, exprime duas exigências: A probabilidade de autoria ou participação numa infração penal; e a probabilidade de existência de uma infração penal. A primeira refere-se ao agente; a segunda à infração propriamente dita, é dizer, à sua materialidade.

A probabilidade de existência de uma infração penal, por sua vez, deve estar amparada em provas inequívocas a respeito da materialidade (existência concreta e real de um acontecimento). Não são o bastante fatos duvidosos, meras possibilidades ou conjecturas. Somente fatos induvidosos permitem o juízo da probabilidade, indispensável para a decretação da interceptação telefônica.

O *periculum in mora* é o segundo pressuposto básico da interceptação telefônica. Exprime o perigo ou risco para a salvaguarda de um direito ou interesse, caso haja demora, isto é, caso não seja tomada imediatamente uma providência.

Desde logo cabe enfatizar que o objetivo final da interceptação, reiterado no diploma legal em questão, é a constituição de uma prova. Prova que deve versar

sobre uma infração penal e sua autoria. Se essa prova pode ser obtida por outros meios, não deve o Juiz determinar a interceptação telefônica, que é a medida de *ultima ratio*, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade.

Assim, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis significa, enfim, a possibilidade de se alcançar o mesmo resultado com outros meios probatórios menos drásticos e devassadores que a interceptação. Sendo viável a prova testemunhal ou pericial, por exemplo, não se deve determinar a interceptação.

Em relação ao art. 2º, inciso III, a lei refere-se a fato investigado, uma vez mais, confere legitimidade à interpretação no sentido de que não existe entre nós a mínima possibilidade para interceptação de prospecção, isto é, para averiguar se uma determinada pessoa estaria praticando algum crime em sua vida. Urge a existência de um fato precedente, fato ocorrido e que esteja sendo investigado (ou sobre o qual já se conta com indícios fortes e evidentes). Impõe-se que constitua infração penal, é dizer, única e exclusivamente os fatos típicos, descritos em lei previamente, é que autorizam a medida cautelar. Pouco importa se o delito vem descrito no Código Penal ou em Lei Especial: o relevante é a pena cominada, pena em abstrato máxima. A pena máxima cominada, destarte, é a que delimita o âmbito de admissibilidade da interceptação telefônica.

Assim, ao decidir sobre o pedido, o juiz analisará se a medida é um instrumento indispensável para provar a autoria e a infração penal. Se houver outros meios ilícitos e menos gravosos para a colheita da prova, deve o magistrado indeferir a medida, pois a interceptação é uma medida excepcional, já que a regra é a de preservação da intimidade.

Questão ainda que atormenta a doutrina é a legitimidade conferida ao Juiz, de conceder de ofício a medida, entendendo alguns autores ser inconstitucional o agir de ofício deste, visão esta defendida pelo Mestre Luiz Flávio Gomes:

É inconstitucional a interceptação telefônica de ofício, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais da jurisdição, atribuindo esta aos Juízes, que tem competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual.(...) Tomar a iniciativa da prova compreende psicologicamente o

Juiz em sua imparcialidade. O Juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir.¹⁸

Por outro lado, entende o Professor Paulo Rangel que:

Assim, devemos ressaltar que o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, pois, pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do Princípio da Verdade Real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentar-mos tese em contrário, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautela real (busca e apreensão).¹⁹

Assim, o Professor Paulo Rangel faz a seguinte distinção: “No curso do inquérito policial não pode (e não deve) o Juiz decretar a medida de ofício, porém, no curso do processo nada obsta que o faça em nome dos postulados acima mencionados”.²⁰

A priori, o requerimento da interceptação telefônica será escrito, todavia, excepcionalmente, nos termos do parágrafo 1º, do art. 4º, da Lei, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorize a interceptação, caso em que à concessão será condicionada a sua redução a termo.

Comumente, a medida, por ser cautelar, tem por requisito o *periculum in mora*, o que pode levar o delegado de polícia a requerer verbalmente a medida do juiz criminal. Porém, o juiz deve, após a análise do pedido, reduzi-lo a termo.

Conforme entendimento do art. 4º, parágrafo 2º, a decisão do juiz quanto ao pedido feito deve ser proferida no prazo máximo de 24 horas, sob pena de prejudicar a finalidade da medida almejada.

Em consonância ao aludido artigo, o juiz fixará o prazo para a interceptação em até 15 dias, podendo renovar esse prazo por idêntico período, quando provada a indispensabilidade desse meio de prova. A Lei não diz que o prazo é de 15 dias, e

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *interceptação telefônica*. Ed. Revista dos Tribunais, pp. 201-202 e 205.

¹⁹ RANGEL, Paulo. “*breves comentários sobre a Lei nº 9.296/96: interceptação telefônica*”. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. v.344. p. 218.

²⁰ RANGEL, Paulo, obra citada. p. 223.

sim, poderá fixar prazo de até 15 dias, podendo autorizar a diligência por 05, 10 ou até 15 dias.

4.6 Da prova emprestada

Inicialmente, merece ser ressaltada a extrema importância que o tema ora em comento detém. Devemos definir, em primeiro plano, o conceito de prova emprestada, na visão do Promotor Paulo Rangel: “Á prova emprestada é aquela que foi produzida em um processo e trasladada (transferida) para outro.”²¹

E mais, na concepção de Ada Pellegrini Grinover:

Conceitua-a como aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmete para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto. Seja qualquer meio de prova: o depoimento de uma testemunha, um documento, um laudo de exame de corpo de delito, a confissão de um acusado, enfim, todo meio de prova.²²

Agora, depois de termos conceituado prova emprestada, devemos fazer a seguinte indagação; o resultado da interceptação feita regularmente para instruir inquérito policial ou ação penal pode ser utilizado como prova emprestada no juízo criminal ou cível?

O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente na atividade do legislador, do Juiz e do executor.

Estando em jogo liberdades constitucionais (direito ao sigilo das comunicações frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento daquele. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa

²¹ RANGEL, Paulo, obra citada. p. 218.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Em artigo publicado na *revista brasileira de ciências criminais*, ano 1, nº 4, out/dez/1993, p. 60.

escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Portanto, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada” (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito.

Contudo, a professora Ada Pellegrini Grinover aceita a prova emprestada colhida através da interceptação telefônica, desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes. Eis as suas palavras:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.²³

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini, obra citada, p.194.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se reconhecer a importância da Lei 9296/96, que, se bem utilizada, contribuirá, e muito, para a apuração de delitos e respectiva autoria, de crimes em que a gravação em fita magnética da interceptação telefônica é o único meio de se provar o autor do delito.

Com a CRFB de 1988, a finalidade da interceptação foi estabelecida pelo legislador como sendo para investigação criminal ou instrução processual penal, visando-se a obtenção de uma prova. Esta tem que ser obtida de maneira legal, por isso somente poderá ocorrer se autorizada por juiz competente, devendo ser por escrito e devidamente fundamentada. Porém, excepcionalmente, será realizada pelo acusado para que este prove sua inocência. Não podendo haver discussões sobre sua admissibilidade uma vez que o direito à liberdade deve prevalecer em relação à qualquer outro.

Não há que se aceitar a interceptação telefônica, exceto nas hipóteses descritas em nossa Constituição Federal, por ser ilegal e criminosa, pois a cidadania reside na plenitude dos direitos constitucionais, dentre eles direito à intimidade e à privacidade. A informação colhida mediante interceptação da conversação telefônica não pode ser esbulhada por qualquer cidadão.

Cabe ainda ressaltar que, mesmo tratando-se de violação ao direito à intimidade, as interceptações telefônicas representam um útil instrumento à disposição do Estado, para que se apurem os crimes que a cada dia estão mais sofisticados, mas o instituto da interceptação só poderá ser usado de acordo com os requisitos da lei.

Deve-se estabelecer um limite entre o plano ético e legal, utilizando-se meio de prova e em relação ao favorecimento da divulgação da prova obtida, se é de interesse da sociedade, porém se for de fatos pessoais, da vida familiar, etc., devem ser tutelados, exceto quando for requisitado mediante autorização judicial.

Logo, através do instituto das interceptações telefônicas, usados em caso de comprovada necessidade e não havendo outro meio de se obter a prova, torna-se possível o esclarecimento de crimes e o indiciamento dos responsáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e Gravações Clandestinas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*. Ed. RT.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296/96 Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 1, nº 4, out/dez, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As Nulidades no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas". *Revista Forense*, v. 338.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: 3ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- JESUS, Damásio Evangelista de. "Interceptação de Comunicação Telefônica: notas à Lei 9.296/96". *Revista dos Tribunais*. v. 735.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol.II. Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. XX ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. "Breves Comentários sobre a Lei 9.296/96 – Interceptação Telefônica". Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 344.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Geraldo da. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 6ª ed. São Paulo: Millennium, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.