



ANTONIO DIOLINDO

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DE DADOS E A VIOLAÇÃO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho apresentado como requisito de conclusão do curso de especialização em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**BRASILIA/DF
2017**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo fortalecimento de minha alma.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	8
3. A PROVA	13
3.1 PROVA ILÍCITA	14
4. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	20
5. COMENTÁRIOS À LEI 9.296, DE 27.07.1996	27
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo se baseia na observância de alguns direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal, no caso a presunção da culpabilidade, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, quebra de sigilo das correspondências e de dados, serem violados mesmo estampados expressamente no rol dos direitos fundamentais da nossa Constituição.

As tratativas referentes às violações de direitos concernentes às garantias individuais como escuta telefônica culminam de épocas pretéritas. A Constituição de 1969 em seu art. 153, § 9º já mencionava a inviolabilidade das comunicações telefônicas de maneira absoluta, sem qualquer ressalva ou exceção, nem mesmo mediante regulamentação legal específica ou ordem judicial¹.

Estes preceitos fundamentais garantidos pela Constituição quando aplicados de forma supervalorizados comprometem a eficácia dos objetivos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

A interceptação telefônica expressa na Carta Maior de 88 excepcionou a garantia do sigilo das comunicações, condicionando a critérios determinados por lei, para que possa dar maior garantia à tutela, à liberdade e intimidade a fim de que só possa ser admitida dentro das condições e limites determinados.

Segundo a determinação da Carta Constitucional, expressa no art. 5º, inciso XII, que determina a inviolabilidade das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, visto a possibilidade em a interceptação da comunicação telefônica, somente mediante autorização judicial, no caso de investigação criminal ou instrução processual penal sempre estabelecido em lei própria.

Por não ser norma de eficácia plena, a determinação constitucional ficou sem aplicabilidade até o advento da Lei 9.296/1996 que regulamentou o inciso XII do art. 5º da

¹ JUNIOR, Wilson Canci. Sigilo das Comunicações e Interceptações Telefônica. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037>. Acesso em 13/10/2016.

Constituição Federal, tornando possível a interceptação telefônica ser realizada nos moldes desta lei.

No mesmo sentido a Constituição garante a liberdade de imprensa nos termos do art. 220 em que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não pode sofrer qualquer forma de restrição; nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; é vedada qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Há mais uma situação de extrema importância na violação de direitos fundamentais inerentes à interceptação telefônica que iremos tratar nesta abordagem, é o caso de violação de princípios constitucionais como o princípio da presunção de inocência, que em sendo violado, os demais também os são, que por se tratar de direito fundamental carece de um juízo de ponderação ante o atingimento do Estado Democrático de Direito.

Podemos observar que, violado o princípio da presunção de inocência, são violados os princípios do devido processo legal (contraditório e ampla defesa), a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a privacidade, todos expressos na Constituição.

Todavia, a Lei 9.296/96 foi criada para regulamentar o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, autorizando as comunicações telefônicas, sempre por ordem judicial. No entanto a nova norma não atinge sua finalidade de aclarar a situação, esta norma fez foi apresentar outras dúvidas, que serão abordadas na problemática deste projeto.

No decorrer deste trabalho, analisaremos se a interceptação telefônica viola o princípio da presunção da culpabilidade ou inocência.

Por fim, em razão da grande crise que o país vem passando, aproveitamos o estudo para abordar com maior profundidade os institutos da prova ilícita, presunção de inocência e a interceptação telefônica.

Diante do exposto, a interceptação telefônica tanto explorada como prova em instrução processual penal, viola o princípio da presunção de inocência?

Seguindo este propósito, procuraremos apresentar na primeira parte da monografia o momento conjuntural da situação constitucional a respeito da prova ilícita na interceptação telefônica apontando a situação histórico-cultural e o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Será empregado um método de pesquisa bibliográfica incluindo artigos e periódicos para abordar o problema a respeito da matéria interceptação telefônica e a violação da presunção de inocência fazendo, averiguando a legalidade e a constitucionalidade.

Pretende-se conceituar a matéria e diferenciar os temas que são controvertidos, como: interceptação telefônica; escuta telefônica e gravação clandestina, tudo isso em face da possível violação da presunção de inocência.

Inicialmente partiremos de um estudo da evolução histórico cultural sobre a forma da obtenção das provas criminais no processo, a fim de adequar logicamente os temas centrais da pesquisa, como direito e garantia individual do cidadão em um contexto constitucional. Neste primeiro momento pretendemos demonstrar a importância da evolução que a sociedade apresenta no desenvolvimento intelectual e tecnológico na adequação quanto à aceitação da interceptação telefônica como prova no processo criminal. Neste contexto será necessário o emprego do princípio da proporcionalidade no sentido de demonstrar que a norma constitucional em tela não é absoluta. Sempre com um olhar atento à realidade social do Brasil.

Em seguida trataremos do tema "interceptação telefônica" estabelecendo limite do seu alcance quanto o disposto na Constituição e à excepcionalidade da medida.

Por fim, vamos discorrer a respeito da Lei 9.296 de 24 de junho de 1996, adentrando em questões específicas desta lei, como: a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de alguns dispositivos, a possibilidade da interceptação de comunicação em sistemas de informática e telemática e os procedimentos da interceptação.

Será destinado também um tópico a respeito do paradigma da violação do princípio do estado de inocência em face à interceptação telefônica ou a quebra de sigilo de outros dados de interesse pessoal. Por sua vez não se trata de querer fornecer de maneira estanque interpretações aos diplomas legais existentes, muito pelo contrário, mas alertar para a necessidade do aprofundamento a discussão do tema num âmbito dos recentes acontecimentos políticos e jurídicos do país.

Ademais, serão levantados na jurisprudência os casos inerentes aos problemas de maior relevância para a sociedade a ponto de poder minimizar as divergências e controversas existentes, principalmente no momento em que a interceptação tem sido frequentemente

utilizada em inquéritos de grande repercussão nacional, que tem gerado na sociedade uma inquietação quanto à presunção de culpabilidade.

O texto será finalizado com uma análise dos pontos de maior relevância no que tange à interceptação de dados e à violação do princípio da presunção de inocência como garantia constitucional.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A ideia de presunção de inocência teve sua origem desde os movimentos liberais contra os sistemas repressivos do século XVIII, culminando com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expresso no art. 9º deste diploma.

O significado maior da presunção de inocência é impor o equilíbrio de tratamento do suspeito, acusado ou indiciado que antes da condenação não será sujeito a qualquer equiparação ao culpado, assegurado o direito à dignidade da pessoa humana e à igualdade como cidadão frente ao poder punitivo, através de um devido processo legal.

Ante os movimentos revolucionários reinava o sistema absolutista em que o soberano dispunha do poder de punir seus súditos sem um processo prévio e qualquer julgamento, sendo aplicadas severas medidas de repressão à liberdade pessoal.

No meio aos apelos das classes que lideravam os movimentos na defesa daqueles hostilizados pelo sistema dominante reivindicavam a substituição da aplicação dos procedimentos inquisitórios em face de um processo acusatório, público, oral de igualdade entre as partes, assim que surge a presunção de inocência, declarada pela Assembleia Nacional Francesa como “direito natural, inalienável e sagrado do homem”, assegura Gomes Filho.²

A presunção de inocência inicialmente andou em passos curtos, em razão da forte repressão da classe dominante principalmente sustentada pelas ideologias dos adeptos ao positivismo criminológico.

O pensamento de proteger o indivíduo da ação estatal tem seu primeiro significado com a abordagem da presunção de inocência na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, na França em 1789.

² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11.

A presunção de inocência vem timidamente ocupando espaço na aplicação da persecução penal, principalmente pela força do pensamento inquisitório processual, ante o sistema processual acusatório.

Foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que a presunção de inocência ganhou maior relevância, expressamente no texto “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.

Além da DUDH diversos países sinalizaram positivamente pela presunção de inocência, em pouco tempo a presunção de inocência foi incluída em outros textos internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos de 1966.³

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 estabelece outras garantias no processo penal, além de reafirmar a presunção, hoje adotada em grande parte do Direito comparado.

A presunção de inocência ganhou dimensão internacional e foi inserida nas constituições modernas com o objetivo de garantir o respeito à pessoa humana no âmbito do processo penal, no período pós-guerra, principalmente nas Constituições Francesas de 1946 e 1958; Constituição Italiana de 1948 e na Constituição Espanhola de 1978.

Com a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a presunção de inocência foi recepcionada pela primeira vez na Constituição de 1946. O Código de Processo Penal de 1942 também insere em seu texto a presunção de inocência.

Embora o período seguinte seja de repressão militar, a presunção de inocência foi inserida nos textos constitucionais seguintes até a Carte Magna vigente. Nesta Constituição a presunção foi fixada com maior amplitude fazendo parte do rol dos direitos fundamentais do indivíduo (art. 5º, inciso LVII), pois antes a presunção de inocência inscrita nas constituições era apenas norma formadora de Direito.

Depois de amplo debate a partir da Assembleia Nacional Constituinte de 1º de fevereiro de 1987, a redação final expressa na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso

³ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o Conflito entre Punir e Libertar*. Rio de Janeiro, 2005, p. 25.

LVII, dentro do capítulo referente aos Direitos e Garantias Individuais (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse contexto, foi inserida na Constituição de 1988 como princípio a presunção de inocência, cabendo aos juízes e aos doutrinadores determinarem o seu alcance e garantir a eficácia da aplicabilidade para orientar o Processo Penal moldado no anseio repressivo.

Com a inclusão do princípio da presunção de inocência na parte dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, gera um estado de ansiedade ao cidadão quando se trata da necessidade de prisão preventiva. Pois a Constituição garante ao acusado o direito a inocência até o trânsito em julgado da ação penal, isto fica claro no caso de necessidade de prisão preventiva em que o acusado pode ficar em liberdade até o trânsito em julgado da ação, contudo na maioria das vezes o acusado fica preso.

Estes princípios constitucionais fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito são intrínsecos à dignidade da pessoa humana, que ao se fragilizar a aplicabilidade perante a Constituição com a não eficácia destes princípios, todos os demais princípios ficam prejudicados. A violação destes princípios desencadeia descrédito nas instituições como um todo.

A afirmação “ninguém pode ser considerado culpado” expressa no inciso LVII, art. 5º da CF/88, significa que todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é uma regra de tratamento que beneficia o acusado, diferente do tratamento dado aos culpados com sentença transitada em julgado, já comprovada sua culpabilidade no ato delituoso.

A presunção de inocência foi incluída como princípio constitucional norteador do Processo Penal brasileiro, juntamente com outros princípios como: devido processo legal; direito ao contraditório; direito de privacidade, celeridade processual entre outros que devidamente utilizados limita o poder punitivo do Estado.

Emplacar um direito individual que vai de encontro ao poder estatal no caso a perseguição penal e outros interesses políticos numa conjuntura de fortes influências repressivas é um tanto antagônico. A presunção de inocência significa optar pelo indivíduo em detrimento da repressão pública estatal, que até então prevalece a perseguição penal revestida de instrumentos poderosos num viés exterminador do delinquente e do delito.

Todavia, a presunção de inocência não significa que o indivíduo não possa sofrer restrição em sua liberdade física, inclusive o preceito da presunção de inocência estampado no art. 5º da Carta Maior não tem o condão de excluir a possibilidade da prisão provisória quando necessária e sim equilibrar o poder punitivo estatal (*jus puniendi*), em face do direito de liberdade do cidadão (*jus libertatis*).

O princípio da presunção de inocência sofre violações no âmbito processual e fora dele. No decorrer do processo a violação ocorre com o tratamento do acusado e extrajudicialmente a violação ocorre no meio social com as consequências do status de acusação antecipada mesmo que veja demonstrado inocente ao final no processo acusatório.

Fora do Processo Penal é onde ocorre às maiores violações ao princípio da presunção de inocência; primeiramente o modo como a polícia trata o indivíduo, seja no momento das abordagens ou nas delegacias, além do tratamento imposto pela mídia ao indivíduo suspeito, indiciado ou acusado de determinado ato delituoso.

Conforme descreve com maestria Monica Ovinski:

[...] A polícia padece por falta de preparo e de estrutura suficiente para cumprir com dignidade seu trabalho, o que contribui para que grande parte dos policiais exorbite no trato repressivo contra o delito, agindo com truculência contra os prováveis infratores da lei Penal. Nas batidas policiais, nos casos de prisão em flagrante delito, nas agitadas manifestações públicas, no tratamento despendido na oitiva de uma testemunha ou de um suspeito ou indiciado, as pessoas comumente são tratadas como se fossem culpadas, isso quando não sofrem violência física ou coação moral para confessarem algum delito, situações que vêm se tornando cada vez mais corriqueiras entre as denúncias que abarrotam as corregedorias de polícia [...]⁴.

A Constituição Federal garante a liberdade de imprensa; com isso hoje a mídia ocupa um papel decisivo na sociedade, tornando-se um poder paralelo de solidificação da opinião pública, podendo destacar a atuação da mídia nas denúncias contra a corrupção desenfreada existente em nosso país e contra a impunidade.

⁴ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o Conflito entre Punir e Libertar*. Rio de Janeiro, 2005, p. 241.

Estamos vivenciando bombásticas denúncias que envolvem as mais altas autoridades do poder político que a servem de banquetes para o poder da mídia, apresentando provas de escutas telefônicas, declarações de testemunhas por meio de acordos de delações premiadas, são quase veredictos.

O papel da mídia é relevante, contudo há outro viés do poder de manipulação da opinião pública, percebido claramente quando supondo antecipadamente um culpado e tratando nessa qualidade, carimba como culpado o indivíduo antecipadamente antes mesmo de dar início um processo judicial, não sendo revertida essa qualidade mesmo com a declaração de sua inocência pelo Judiciário.

Muitas vezes o poder da mídia destrói de forma irrecuperável a reputação de uma pessoa inocente, aplaudido pela população como em uma arena de leões contra seu domador.

Segundo Carnelluti (apud OVINSKI):

O homem quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimentos às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição que se ilude em garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despídos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. É o indivíduo assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.⁵

⁵ CAMARGO, Mônica Ovinski de, Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o Conflito entre Punir e Libertar, Rio de Janeiro, 2005, p. 243/244.

3. A PROVA

Os fatos controvertidos levados a juízo carecem do juiz da causa o mínimo de convicção da materialidade e autoria do delito. Isso depois de análise dos elementos probatórios postos pelas partes (autor e réu). São elementos indispensáveis no processo para que o juiz possa avaliar os fatos trazidos ao seu conhecimento para deliberar.

Os elementos apresentados no processo para dirimir a controvérsia é que chamamos de “prova”.

Cintra define com maestria a prova como: “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.⁶

No dizer das Ordenações Filipinas, “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões” diz Cintra⁷.

O instituto da prova expresso no ordenamento jurídico pátrio encontra firmado na Constituição e nos diplomas infraconstitucionais. No Código de Processo Penal em seu art. 155 apresenta o princípio da liberdade dos meios de prova, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial...”.⁸

O Código de Processo Civil estabelece que todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, “são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” art. 332⁹.

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINANARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., São Paulo, 02.2011, p. 377.

⁷ Id., p. 377.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Mini Código Penal*. 15. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 403.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINANARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., São Paulo, 02.2011, p. 378.

A Constituição de 1988 garante a inadmissibilidade da prova ilícita, conforme expressa no art. 5º, inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

3.1 PROVA ILÍCITA

A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo judicial, estampada no inciso LVI do art. 5º da Carta Constitucional, é uma garantia constitucional destinada aos cidadãos. Como tal estas garantias são normas de direito público que definem direitos e deveres dos cidadãos em face do Estado.

Estas garantias constitucionais não foram determinadas por decreto ou instituição de normas, mas produto da evolução histórica do homem ocidental, que durante eras foram se moldando conforme o desenvolvimento cultural. Foi com a evolução da jurisprudência inicialmente deflagrada pelas cortes alemãs e italiana que o direito a prova ganha respaldo no mundo jurídico.

Na jurisprudência das cortes alemãs o direito a prova teve início na decisão proferida em 18.06.1957, em que garantia o poder atribuído ao juiz de produzir provas *ex officio* não exclui nem torna supérfluo um direito autônomo das partes de propor, por sua vez, meios de provas¹⁰.

A corte constitucional italiana foi obrigada a declarar a inconstitucionalidade de normas que impossibilitava os interessados a provar a subsistência ou insubsistência dos fatos; exemplo típico é a n. 70, de 22.12.1961, que declara a inconstitucionalidade de dispositivos contidos no art. 10ns. 1 e 2, da Lei 253, de 23.05.1950¹¹.

A partir desta decisão do direito italiano foi crescente a tendência em restringir os poderes concedidos aos magistrados e ao Ministério Público quanto à produção de provas.

¹⁰ AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 30.

¹¹ Ibid., p. 32.

Todavia, a existência primordial da prova no processo é o conhecimento da verdade; a verdade jurídica, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e exclusão das provas¹².

No que se refere à prova ilícita, o tema foi timidamente ganhando espaço no mundo jurídico iniciando com o desenvolvimento das principais correntes doutrinárias. A admissibilidade da prova ilícita ganhou amparo num pensamento do livre convencimento do juiz e da verdade real, mesmo baseado em provas colhidas ilicitamente, pensamento defendido por renomados juristas alemães e americanos, todos devotos assíduos da busca do pensamento da verdade real.

Entre os juristas alemães, Schonke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, por exemplo, a busca ilegal; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida¹³.

Entre os juristas americanos, Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida¹⁴.

Em sentido contrário a inadmissibilidade das provas ilícitas ganhou destaque com a entrada em vigor da nova constituição italiana. Na verdade pouco resultado foi obtido em princípio em razão da força arraigada da busca da verdade real, admitindo a prova ilícita no processo.

A prova ilícita é referida no Código de Processo Penal italiano de 1988 o qual garante a inadmissibilidade da prova colhida ilegalmente, embora de maneira relativa.

A jurisprudência alemã que inicialmente adotava uma tendência no sentido da admissibilidade da prova ilícita no processo, passa a desenvolver um entendimento no sentido da inadmissibilidade da prova colhida ilicitamente.

Em 1954 uma decisão da corte alemã muda inteiramente o entendimento jurisprudencial até então seguida pelos magistrados mas que já vinham sofrendo severas

¹² AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 41

¹³ Id., p. 41

¹⁴ Id., p. 41

críticas. Nessa decisão foi enunciado o seguinte princípio geral: “O direito do homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade”,¹⁵ o desdobramento dessa nova orientação altera o rumo das decisões quando se depara em caso de prova colhida de maneira ilegal¹⁶.

Por fim, no direito norte-americano a jurisprudência já vinha ensaiando em diversas ocasiões a inadmissibilidade as provas ilícitas. Nesse sentido a suprema corte profere sentença definitiva no caso “Mapp v. Ohio”, de 1961; em que firmou entendimento pela inadmissibilidade da prova ilícita também nos procedimentos criminais dos estados membros¹⁷.

O instituto da prova no direito sempre manteve estreita relação com o princípio da proporcionalidade e nesse sentido a ideia de proporcionalidade apresenta seus ensaios em todo o desenvolvimento do pensamento jurídico da antiguidade, expressa na regra de uma agressão sofrida, fortemente impregnado em todo pensamento jurídico-filosófico do século XVII até o século XIX, tendo como referência a filosofia de Aristóteles, Dante, Hugo Grócio entre outros¹⁸.

No Direito, o termo “proporcional” teve início no Direito Administrativo especialmente empregado por Von Berg 1802 em que tratava a possibilidade da liberdade em virtude do “Direito de Polícia”, sendo o princípio da proporcionalidade aplicado inicialmente no plano constitucional pelo Tribunal Constitucional alemão, observando o emprego das expressões: excessivo; inadequado; necessariamente exigível e tornando recorrente em muitas normas jurídicas como proibição do excesso¹⁹.

¹⁵AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 50.

¹⁶Id., p. 50.

¹⁷Ibid., p. 51.

¹⁸Ibid., p. 56.

¹⁹Ibid., p. 57.

Com o desenvolvimento da teoria do princípio da proporcionalidade, atualmente a concepção é dotada de um sentido técnico correspondendo a uma limitação do Estado em detrimento da garantia da integridade física e moral, bem como da liberdade de seus pares.

Até a promulgação da Constituição vigente, a nossa doutrina não era unânime quanto à admissibilidade da prova ilícita no processo, onde predominava a doutrina tendente à admissibilidade da prova ilícita.

Nesse ponto a doutrina sustentava ser irrelevante o meio pela qual foi obtido a prova, ficava a cargo da discricionariedade do juiz aproveitar ou não o seu conteúdo e, em sendo o caso, encaminhar ao juízo competente eventual ilícito apurado, semelhante ao caso da busca da verdade real.

A jurisprudência também corrobora com esse entendimento doutrinário, sendo confirmado pelo embasamento do Ministro Cordeiro Guerra em que admite a apreciação em juízo de confissão extrajudicial, mesmo obtida mediante coação. No mesmo sentido, em acórdão de 1991, o Min. Raphael de Barros Monteiro sustenta que “os Tribunais têm de julgar conforme as provas apresentadas e não lhes compete a investigação se elas foram bem ou mal adquiridas, adverte Avólio.²⁰”

Posição diferenciada vem dando outro contorno à admissibilidade de prova ilícita no processo com a inadmissibilidade da prova ilícita pelo juízo, bem como a prova obtida com violação de normas de Direito Material, não sendo admitido esse meio de prova.

Nesse sentido encontra aplicado o princípio da proporcionalidade com intuito de ver preservada a intimidade do sujeito e mantido o sacrifício sem pôr em xeque a integridade de alguém.

Atualmente a doutrina majoritária e a jurisprudência não admitem a prova ilícita, contudo, adota limites na admissibilidade das provas colhidas de forma ilícita.

Como podemos ver em várias passagens dos diplomas legais, já encontra prescrito que é admitido qualquer tipo de prova desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança

²⁰ AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 74.

individual ou coletiva (art. 265 CPPM). Também o art. 332 do CPC dispõe a respeito da prova a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

A doutrina de João Carlos Pestana de Aguiar Silva entende que a prova ilícita não é aceitável como indícios de admissibilidade em juízo, aduzindo que “a imoralidade na obtenção da prova, seja de que grau for, a invalida inteiramente”, mas sim como motivo de invalidade de todo o processo se há prova obtida por meio ilegal,²¹.

Com maior precisão, Grinover (apud AVÓLIO, 2003, p. 76-77) na obra *Liberdades públicas e processo penal*, aduz a doutrina pioneira numa perspectiva constitucional quanto ao fenômeno das provas ilícitas, tomando por base as seguintes súmulas:

Súmula 48 – Denomina-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 – São processualmente inadmissível as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 – podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.²²

Esse foi um ponto marcante da passagem da era de admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas em nosso ordenamento, que tomou corpo e evolução no sentido de repúdio a buscas e apreensões ilegais.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal proferiu significativas decisões seguindo os preceitos constitucional, afastando definitivamente a admissibilidade da prova ilícita expressamente estampada no art. 5º, LVI – “São inadmissível, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²¹ AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 76-77.

²² Id., 2003, p. 77.

Como exemplo será citado o RE 251.445-GO de 03.08.2000 da lavra do Ministro CELSO DE MELO, além do HC 69912 – RS de 30.06.1993 da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, decisão proferida antes da Constituição de 1988.

Vale ressaltar que a nulidade absoluta se refere sempre em prol da coletividade, do interesse público observando o regular desenvolvimento do processo, vez que a nulidade relativa trata diretamente os interesses das partes.

São consequências da prova ilícitas a atipicidade e nulidade dos atos inerentes ao exercício dos direitos de liberdade garantidos pela Constituição que apresentam vício considerável contrário ao Direito e que seja tipificado na norma jurídica.

Como descreve muito bem Grinover (apud AVÓLIO, 2003, P. 87) “o ingresso da prova ilícita no processo, *contra constitutionem*, importa na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial”.²³

No Direito Penal, a teoria da tipicidade estabelece que a conduta que não se insere no tipo é juridicamente inexistente (atípica). No mesmo sentido, as provas ilícitas não admissíveis pela Constituição de 1988, não são provas, considerada a categoria da inexistência jurídica. “As provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistente e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do seu nascedouro”, sustenta Avólio.²⁴

Nesse diapasão, pode-se perceber que a prova ilícita não surte nenhum efeito em nenhuma etapa do processo. Em eventual caso a prova ilícita seja admitida e produzida no processo e em último caso servindo de fundamento para sentença deve em grau de recurso o Tribunal desconsiderá-la.

²³ AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 78.

²⁴ *Ibid.*, p. 87

4. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Antes de adentrarmos no estudo relativo à interceptação telefônica, foco principal do presente trabalho monográfico, será abordada inicialmente uma análise da evolução histórica da interceptação telefônica como prova em inquérito policial ou em processo criminal.

O panorama que atualmente se encontra com as garantias constitucionais modernas não foi fruto de uma determinação individual, mas produto da evolução humana e adaptação de inúmeras experiências vivenciadas num combate da imposição da vontade do Estado sobre os indivíduos.

A prova ilícita sempre foi do interesse fundamental do indivíduo, a fim de resguardar de abuso por parte do Estado, isto com intuito de promoção de uma sociedade justa e principalmente no combate à criminalidade.

Nos primórdios da civilização humana não havia o entendimento sobre a individualidade da pessoa e muito menos os direitos a ela inerente. O surgimento das aglomerações familiares se dava por crenças e obediências às superstições, não se pensava em garantias individuais, tampouco em garantias constitucionais; não havia regulamentação do instituto probatório. Não era possível cogitar da licitude ou ilicitude das provas²⁵, conforme atualmente. Durante séculos o homem estava limitado às obrigações religiosas. As garantias constitucionais são produto de lenta evolução da civilização.

Com o crescente poderio de algumas classes sociais e o grande número de excluídos gera uma marginalização que obrigou as primeiras organizações sociais com a necessidade de algumas garantias, deixando de lado a obediência divina em procura da determinação individual e senhor de seu direito.

Com advento do cristianismo, a ideia da individualidade humana ganhou força e desenvolveu o pensamento da fraternidade e da igualdade entre os homens. Com esses ideais não se suportava mais as arbitrariedades na colheita de provas criminais por meios de poderes

²⁵ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova ilícita. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 6

divinos, passando a perceber a injustiça quando submetido a prova que levasse à violência e ao sofrimento.

Ao mesmo tempo do surgimento dos ideais de dignidade e fraternidade ao homem se contrapõem a escravidão, o nazismo, o fascismo e muitas outras formas de explorações e de depreciação do homem contra o homem. Graças aos ideais cristãos surgiram os movimentos em prol da valorização do homem como criatura, contudo continuava a incompatibilidade com modelos de colheita de provas que impunham sofrimentos e humilhações indignas. Isso fez com que mudassem a maneira de pensar e adequar as provas criminais à realidade contemporânea, com surgimento de ideologias sociais pondo limites na obtenção de provas criminais, ou pelo contrário seriam consideradas ilícitas.

As normas extraídas pelo legislativo antes da Constituição de 1988 se caracterizam na maior parte com viés protetivo da classe dominante. Nesse sentido a interceptação telefônica não era possível em regime totalitário, como foi expresso em nossa Carta Maior, mas somente em 1996 com a Lei 9.926 foi regulamentada (a possibilidade de interceptação telefônica, sempre por ordem judicial).

Não se pode negar a evolução do direito pátrio com a promulgação da Constituição de 1988, um grande salto no que tange ao desenvolvimento da democratização, possibilitando a intervenção do Judiciário em direitos tutelados pela Constituição de modo que a interceptação telefônica realizada com ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal não seja causa de violação da privacidade, da dignidade, liberdade de imprensa e violação da presunção de inocência.

Antes da promulgação da Carta Magna de 1988 não seria possível a interceptação telefônica com amparo constitucional, sendo expressamente proibida a invasão de comunicação pessoal. O Código de Telecomunicações já mencionado, permitia o conhecimento dos dados quando solicitado em juízo.

Desse modo, a jurisprudência e a doutrina se dividem quanto à inconstitucionalidade da autorização de escuta telefônica e violação baseado nos termos do Código de Telecomunicações e Código de Processo Penal, visto que a Constituição anterior não previa a possibilidade de interceptação das comunicações. O Direito encontrava-se em caso concreto engessado por não encontrar amparo para dirimir questões relevantes dessa matéria.

Com a promulgação da Constituição de 1988, expressamente no inciso XII do art. 5º a matéria dispendo a inviolabilidade de comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, possibilitando a escuta telefônica por ordem judicial na hipótese de investigação criminal e instrução processual. Ademais, a controvérsia ganha maior discussão por não ser recepcionada a norma existente pela nova ordem constitucional.

Nesse sentido, os princípios expressos na Constituição que informam a inadmissibilidade e ineficácia das provas obtidas por meios ilícitos servem de apoio ao Estado para dar garantia de forma eficaz na luta contra a criminalidade de modo geral e em especial o crime organizado. Ao mesmo tempo estes princípios são usados para garantir a liberdade pessoal, principalmente no que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade em face do direito a intimidade.

Pelo pouco já delineado, podemos perceber o quanto polêmico é a matéria, e sendo assim o consenso não se estabeleceu por completo, mesmo com a regulamentação da Lei nº 9.296/62 que se esperava um entendimento entre a jurisprudência e a doutrina no sentido de pacificar e de finalizarem as controvérsias reinantes, surgiram outros questionamentos.

A nova norma define a interceptação de comunicações telefônica como a captação de conversas realizadas por terceiro sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento apenas de um deles, com o objetivo de adquirir informações que sem a aludida interceptação não seriam conhecidas.

Há algumas diferenciações entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

Inicialmente, interceptação significa o ato de interceptar, que etimologicamente pode ser usado no sentido de interromper, deter ou impedir passagem; ou interceptar comunicações telefônicas.

Em um contexto jurídico, as interceptações são entendidas como ato de interferir nas comunicações telefônicas para efeitos penais e processuais, são operações limitadoras quanto à liberdade (impedindo ou desviando) e quanto ao sigilo (através da escuta ou conhecimento).

A interceptação de fato é a operação realizada por um terceiro desconhecido à conversa com o objetivo de ter conhecimento sem que com esta operação não seria possível o deslinde da circunstância ocorrida.

Diversamente, se um indivíduo interlocutor grava a própria conversa não pode ser considerada como interceptação telefônica. No caso é apenas documentação de um fato conhecido, é o caso de gravação clandestina; nesse caso a divulgação da própria conversa pode caracterizar violação a intimidade do outro interlocutor. Tipifica divulgação de segredo²⁶.

Em sendo assim, as conversas gravadas nem sempre são conceituadas como interceptação, podendo no caso até ser utilizada a gravação como prova, desde que não viole o direito à intimidade do outro, podendo ser considerada tanto a gravação clandestina como a interceptação, claro sempre dentro do contorno de preceitos constitucionais e legais.

A doutrina já tem definições precisas quanto às classificações dos tipos de captação eletrônica de provas.

Conforme define com maestria Avólio:

- a) interceptação telefônica *stricto sensu*; b) interceptação telefônica conhecida por um dos interlocutores, ou escuta telefônica; c) interceptação de conversa entre presentes ou interceptação ambiental; d) interceptação de conversa entre presentes conhecida entre um dos interlocutores, ou escuta ambiental; e) gravação da própria conversa telefônica, ou gravação clandestina; e f) gravação de conversa pessoal e direta, entre presentes, ou gravação clandestina ambiental²⁷.

No mesmo sentido, de modo geral a melhor doutrina destaca a interceptação de comunicação entre dois indivíduos interceptada por terceiro sem o conhecimento das partes, Grinover (apud AVÓLIO)²⁸: “a captação de comunicação telefônica entre duas pessoas, diversas do interceptador, sendo que pelo menos uma delas desconhece a existência da intromissão; a escuta pode ser documentada fonograficamente através de meios mecânicos”.

Entre os tópicos mencionados vamos analisar com maior ênfase a interceptação telefônica *stricto sensu*, observando a natureza jurídica, a documentação e valor probante da

²⁶ AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 100.

²⁷ Ibid., p. 93.

²⁸ Ibid., p. 93.

interceptação, podendo ser aplicada as demais modalidades de captação eletrônica em sendo admissível no processo.

Como já mencionado anteriormente, a interceptação *stricto sensu* (sentido estrito), é a captação de conversa telefônica por um estranho, sem o conhecimento dos interlocutores, como admite Ada Pellegrini, é aquela que se efetiva pelo “grampeamento”, ou seja, pelo ato de “interferir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações”, adverte Avólio.²⁹

A interceptação telefônica para servir como meio de prova, portanto para ser introduzida no processo, é necessária ter como pressuposto a licitude e para tanto deverá ser realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Dentro destes parâmetros, o principal é a necessidade de execução da interceptação depender sempre de uma ordem judicial. Porque visa à segurança jurídica da prova revelar o exato momento do fato criminoso e sem o qual não seja modificado no decorrer do processo.

Nesse sentido, a interceptação telefônica é sem dúvida indispensável para o seguimento das investigações, assim como a nossa Constituição exige que toda decisão judicial seja motivada, também a decisão tomada pela autoridade que autoriza a escuta telefônica deve ser fundamentada.

Ocorre que em junho de 1996 foi criada a lei 9.296 para disciplinar o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal que trata da violação às comunicações telefônicas, como prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

O parágrafo único do art. 1º da Lei em tela, aparenta ser inconstitucional, pois violar a garantia constitucional do sigilo em comunicações em sistema de informática e telemático é violar princípio determinado pela Constituição, portanto ser inconstitucional a norma, mais uma vez a garantia do sigilo é a regra a interceptação é exceção.

Por outro lado, o art. 2º da Lei em estudo trata dos casos em que não será admitida a interceptação telefônica: a) não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; c) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

²⁹ AVÓLIO, Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência. – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003, p. 94.

Nesse diapasão, podemos utilizar como parâmetro de gravidade dos delitos que justifique a interceptação telefônica o rol da Lei de Crimes Hediondos, a lei de prisão temporária, ou a legislação estrangeira que trata do fato.

De qualquer modo, a interceptação somente será aceita se houver indícios de autoria ou participação em crime que justifique a necessidade de ser apurado e provado, e aquela situação não existir outros meios de prova; mera suspeita ou fatos indeterminados não autoriza a interceptação³⁰.

A interceptação telefônica recai na pessoa que atua como interlocutor e não sobre o titular formal ou legal do direito de uso da linha telefônica, sendo este o sujeito passivo da interceptação. Aquele que utiliza o meio de comunicação telefônico seja público ou privado, será o sujeito passivo na ação criminal.

A interceptação telefônica em face de terceiro ocorre quando o interlocutor não corresponde ao sujeito passivo da interceptação. É o mais comum dos casos, visto que apesar da razoabilidade da autoria do crime, o que interessa na investigação é saber quais os agentes ou colaboradores do crime.

No momento da autorização da conduta não conhece todos os envolvidos; é isso que justifica a interceptação, por exemplo, em um caso de investigação dos crimes de tráfico ou formação de quadrilha, a investigação abrange todos os interlocutores envolvidos no crime e não somente o sujeito passivo que justificou a demanda investigada. Se assim não fosse seria inútil o instituto da interceptação.

Os sujeitos não envolvidos com o crime relacionado com o fato que a justificou estarão protegidos constitucionalmente pelo sigilo das conversas em caso de violação de seus direitos, aquele que violar este direito vai ser punido penalmente.

No decorrer da investigação, existe a possibilidade de surgirem fatos, e criminosos diversos daquele que fundamentou a interceptação que são legitimamente aceitas como provas, mas carece de ser o fato relacionado com a demanda inicial e não se encontrar dentro das proibições do art. 2º da Lei 9.296/96.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 28.

O objeto da apuração pode encontrar inúmeras outras ramificações paralelas e são igualmente crime, por exemplo, no caso de apuração de roubo de carga, pode chegar-se a crime de tráfico de drogas e até um sequestro ou no caso de investigação de homicídio, verificar que houve ocultação de cadáver.

5. COMENTÁRIOS À LEI 9.296, DE 27.07.1996

Inicialmente, o art. 1º da Lei 9.296/96 traz uma ênfase genérica quanto à expressão “interceptação de comunicações telefônica de qualquer natureza”, senão vejamos:

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 sigredo de justiça.

Quanto a essa manifestação do legislador pode se delinear as hipóteses existentes de todas as maneiras de captação de informações utilizando a tecnologia de comunicação telefônica, para entender a colocação do legislador – *interceptação de qualquer natureza*; segundo Luiz Flávio Gomes podemos destacar as seguintes hipóteses³¹:

Interceptação telefônica ou interceptação em sentido estrito, é a captação da comunicação telefônica por um terceiro interessado sem o conhecimento dos interlocutores. Consiste em captar a comunicação telefônica, ter o conhecimento do teor da comunicação no momento do acontecimento, não significa interromper, impedir a comunicação. Por ser o real significado da palavra *interceptação*, o fundamental na *interceptação telefônica* é a presença de um terceiro na realização da escuta telefônica tomando conhecimento da comunicação alheia. A principal característica da *interceptação* é a ingerência na privacidade dos comunicadores, pelo terceiro tomando conhecimento do conteúdo alheio.

Escuta telefônica, é também um meio de *interceptação*, captação da comunicação telefônica realizada por terceiro, difere da *interceptação em sentido estrito* por ser realizada com conhecimento de um dos interlocutores e sem o conhecimento do outro. Contudo não deixa de haver a ingerência na privacidade de pelo menos um dos comunicadores. Apenas esta sutil distinção permeia entre a *interceptação em sentido estrito* e a *escuta telefônica*. Na *interceptação telefônica* a invasão a privacidade afeta a todos os interlocutores; na *escuta telefônica* pelo menos um dos interlocutores tem o conhecimento da invasão por terceiro. Um

³¹ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

exemplo rotineiro podemos encontrar no caso de sequestro ou extorsão mediante sequestro, em que a família da vítima é cientificada da interceptação, que a rigor é uma escuta telefônica para efeito do diploma que estamos a analisar.

Das hipóteses de ofensa à intimidade pessoal por comunicação telefônica a interceptação telefônica e a escuta telefônica, apenas estas são passíveis de serem protegidas pelo regime da Lei 9.296/96. Pelo fato de ser realizada a comunicação telefônica entre dois interlocutores e uma terceira pessoa na operação da interceptação.

Além da interceptação telefônica e da escuta telefônica, a doutrina considera outras intervenções que afrontam a intimidade das pessoas. Estas situações estão fora do regime que trata a Lei em questão; entre elas podemos citar as seguintes:

Gravação telefônica ou gravação clandestina: é o caso da gravação da comunicação telefônica realizada por um dos interlocutores, quando um dos interlocutores grava sua própria conversa sem dar conhecimento ao outro interlocutor, por isso é chamada também de gravação clandestina;³²

Interceptação ambiental: é o caso de captação de comunicação no próprio ambiente, feito por um terceiro, sem o prévio conhecimento dos comunicadores;³³

Escuta ambiental: também é uma captação da comunicação no próprio ambiente, executada por terceiro, sem o conhecimento de um ou mais dos comunicadores;³⁴

Não há como esperar que estas hipóteses sejam regidas no âmbito do diploma em tese, pois não se trata de comunicação telefônica como encontrado na interceptação e a escuta telefônica, e sim uma captação da comunicação ambiental. Portanto, estas hipóteses (gravação telefônica e ambiental, interceptação ambiental, escuta ambiental) ainda não tratadas em nosso ordenamento jurídico. Não há uma Lei que regulamente estas hipóteses de captação de comunicação ambiental.

Contudo, a captação ambiental é sem dúvida um meio de violação da intimidade e privacidade conforme inciso X, art. 5º da CF/88. Assim, não servirão de provas

³² GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

³³ Id., p. 25.

³⁴ Id., p. 25.

incriminadoras em processo penal por serem gravação clandestina; são clandestinas por não existir uma base legal em nosso ordenamento. Neste caso é considerado prova ilícita, não sendo admitida na Constituição prova ilícita para incriminar ou provar a culpabilidade do acusado, além de violar princípio constitucional.

As gravações clandestinas não são regulamentadas por lei nem pela Constituição. Necessita de lei para dar parâmetros de admissibilidade e os requisitos para obtenção das provas, a cronologia temporal de validade. Enfim, violação de direito fundamental como a intimidade e a privacidade sem lei prévia. A prova é ilícita e inadmissível e não pode ser utilizada em processo por não haver previsão legal, salvo em favor do réu para provar sua inocência. Esta prova pode ser válida atendendo ao princípio da proporcionalidade; ao contrário é ilícita e criminosa a prova que revelava conteúdo de gravação clandestina³⁵.

Contudo, já se admite na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento de que a gravação clandestina seja lícita como prova quando não constar como causa legal específica de sigilo e ou de reserva de conversação, decisão do C. STF (STF, HC 91.613/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.09.2012)³⁶.

Entre várias decisões dos tribunais superiores podemos citar segundo a lição de Luiz Flávio Gomes:

A gravação não se confunde com a interceptação telefônica, esta sim sujeita à reserva de jurisdição. A gravação telefônica feita por um dos interlocutores – o vitimizado –, sem autorização judicial, nada tem de ilícita, e pode ser validamente utilizada como elemento processual. Precedente (STJ, HC 94.945/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 23.08.2010)³⁷.

Contudo, há divergência doutrinária quanto à escuta telefônica também ser coberta pela da referida Lei. Luiz Flávio Gomes cita o ilustre Vicente Greco Filho como divergente neste entendimento e aduz que, “o fato de um dos comunicadores saber da captação não afasta a ideia de interceptação, pois é um terceiro que está tomando conhecimento da

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

³⁶ Ibid., p. 32.

³⁷ Ibid., p. 34.

comunicação³⁸. Certo que o sigilo da comunicação em qualquer hipótese requer imprescindivelmente a autorização judicial para ser violado, nos termos do inciso XII, art. 5º da CF.

Nesse sentido, a interceptação e a escuta telefônica amparada pela Lei 9.296/96 caracteriza-se pela presença dos comunicadores e um terceiro tomando o conhecimento dos fatos com ordem judicial. Não importa assim se um dos comunicadores tenha ciência da captação da comunicação, visto que um terceiro amparado legalmente está operando a captação da comunicação. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido na decisão (STJ, HC 161.053/SP, Rel.Min. Jorge Mussi, DJe 03.12.2012).

Depois de discutida as formas de captação de dados em conversas telefônicas e ambientais com a finalidade do conteúdo ser usado como prova em processo penal, partimos para uma observação de maior relevância e foge do modelo tradicional como no caso da própria vítima do crime realizar ou autorizar a gravação.

Já existe jurisprudência dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no sentido entendem lícita a prova quando as gravações feitas por vítimas de crimes visto que no caso de excludente de ilicitude como legítima defesa, não se configura o crime. Ademais, uma garantia constitucional não deve ser usada como escudo para o cometimento de crimes como no caso da inviolabilidade de comunicação servir de prática delitiva.

Havendo excludente de ilicitude a prova se torna lícita. Mesmo sem a autorização judicial, o fato típico desaparece. No caso de interceptação telefônica, gravação ambiental, escuta telefônica, seja qual a modalidade da invasão da intimidade, não serve de proteção ao infrator arguir a ilicitude da prova para afastar sua responsabilidade civil ou criminal, tudo isso a favor da dignidade da pessoa humana, o respeito ao estado de direito e segurança jurídica. A ilicitude da prova é afastada por caracterizar-se legítima defesa.

Interceptação telefônica e gravação de negócios entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio

³⁸ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

de prova. Precedente do STF (STF, HC 75261/MG, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 22.08.1997, p. 472)³⁹.

É pacífico o entendimento dos tribunais superiores (STF e STJ) na fundamentação baseada no princípio da proporcionalidade para dirimir conflito de interceptação telefônica.

Não quer dizer que gravações de conversa telefônica realizadas por um dos comunicadores sem conhecimento do outro sejam interceptação telefônica, são ações distintas.

Em espaço público, gravações podem ser realizadas sem a necessidade de autorização judicial, não há que se falar em invasão de privacidade, desde que não vislumbre expectativa de privacidade. Nesse sentido, a jurisprudência dominante entende que gravação efetivada em espaço destinado a vaga de garagem em edifício não constitui crime, por ser local público, e não afeta a intimidade do autor do dano, quando gravada a imagem com objetivo de identificar o autor do prejuízo causado ao patrimônio da vítima.

As conversas em sala de “bate papo” muito utilizadas nos meios eletrônicos ainda é tema bastante controverso. A jurisprudência dominante entende que merece o mesmo zelo dado às comunicações telefônicas, com a direito à privacidade da intimidade pessoal.

Este meio prático e econômico substituiu em grande parte as ligações telefônicas e podem ter conversas reservadas sem a informalidade, não se confunde com meio público e devem ser protegidas pelo sigilo das comunicações.

Embora este entendimento esteja cristalizado pela doutrina e jurisprudência, existe decisão do STJ em sentido diverso, vejamos: “a conversa realizada em ‘sala de bate-papo’ da internet não está amparada pelo sigilo das comunicações telefônicas, pois o ambiente é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais” (STJ, RHC 18.116/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 06.03.2006, p.443)⁴⁰.

³⁹ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

A gravação ambiental de conversa entre criminosos realizada por policiais não admite a mesma consideração se realizada por pessoa comum, pela razão de não admitir uma ação sem as prerrogativas inerente ao devido processo legal.

Ao proteger a presunção de inocência, garantia estampada no rol dos direitos fundamentais, garante a não autoincriminação do indivíduo ou o direito de ficar calado, princípio da *nemo tenetur se detegere*.

Sem a pálida sombra de dúvidas uma situação assim se caracteriza o inquérito subreptício ou fraudulento feito com gravação clandestina e por autoridades representantes do Estado. Nessa qualidade as provas colhidas são ilícitas, pois atentam contra a Constituição, especialmente ao princípio do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal (Art. 5º, LIV, LV, CF/88), além do suspeito nem ter sido comunicado de seu direito de ficar calado Art. 5º, LXIII, CF/88.

A interceptação telefônica não abrange as conversas telefônicas feitas entre o advogado e seu cliente, em razão da proteção expressa no Estatuto do Advogado (Lei 8.906/94) que atua na proteção do sigilo profissional que necessita a atividade advocatícia. Apesar de não tratar de uma persecução propriamente dita, o acusado procura um defensor em prol de seu direito de defesa. Nesta linha, afirmações a respeito do cometimento de crimes por parte do indiciado ou réu ou orientações ao advogado / defensor não servem de meios de provas para incriminar o suposto infrator.

Na inteligência de Luiz Flavio Gomes, transcrevendo Alexandre de Moraes, "... a comunicação telefônica entre acusado e o advogado não pode ser utilizada como prova, pois o sigilo profissional do advogado, no exercício da profissão, é garantia do próprio devido processo legal"⁴¹.

Não obstante a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como se seus instrumentos de trabalho, de sua correspondências escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia, entre advogado e indiciado ou acusado, (inteligência art. 7º, II da Lei 8.906/94)), a autoridade judiciária pode determinar a interceptação telefônica se houver indícios de participação no advogado no referido crime que deu causa a investigação, sempre fundamentada pelo Juiz competente e na presença de um

⁴¹ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

representante da Ordem dos Advogados do Brasil. A nova redação dada pela Lei 11.767/2008, as interceptações telefônicas contra advogado são inconstitucionais, como preleciona Luiz Flávio Gomes, "... as interceptações telefônicas contra advogado são inconstitucionais, não sendo possível sequer cogitar de eventual previsão a completar o vazio legal no sentido de permitir a intromissão na relação sigilosa entre clientes e causídicos"⁴², Acrescenta Luiz Flávio Gomes:

[...] como o advogado é o próprio autor, coautor ou partícipe dos crimes sob apuração, não pode validamente ancorar-se nas prerrogativas da nobre função que aviltou, pois não está no exercício legítimo da advocacia. Frise-se, porém, a necessária ponderação com que as autoridades deverão pautar-se em casos tais, primando pelo equilíbrio e existência de bases sólidas para deflagrar uma investigação dessa amplitude, a qual somente terá lugar em casos extremos e excepcionalíssimos. Assim, crimes cometidos no exercício da advocacia não estão isentos da interceptação telefônica: STF, HC 96.909/MT, j 17.11.09, rel. Min. Ellen Gracie, e ainda:

[...] não prosperam as alegações relativas a eventual violação da liberdade de exercício profissional do paciente, se sobressai, da fundamentação do acórdão, que a medida foi tomada devido à possível participação do paciente em delito, devido a fatores de ordem familiar e pessoal, e não em função do exercício da advocacia. Ainda que atuasse como advogado, as prerrogativas conferidas aos defensores não podem acobertar delitos, sendo certo que o sigilo profissional não tem natureza absoluta [...] (STJ, HC 20.087/SP, 5ª t., 19.08.2003)⁴³.

A escuta ambiental e escuta telefônica podem ser alvo de interceptações telefônicas, se autorizada pela autoridade competente. Isso não implica em provas ilícitas, sobretudo nulidade da colheita da prova.

Entendimento do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, vejamos:

⁴² GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

⁴³ Ibid., p. 44.

[...] a comunicação entre o paciente e o advogado, alcançada pela escuta telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial competente não implica nulidade da colheita da prova indiciária de outros crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório, haja vista a gravação do sigilo não conferir imunidade para a prática de crimes no exercício da profissão (...)" (STF, HC 106.225, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, DJe 07.02.2012)⁴⁴.

No contexto das comunicações telefônicas, havendo a necessidade de material inerente a ligações realizadas no passado e mantidas armazenadas pela operadora, ou seja, aquelas inerentes às comunicações já existentes, estamos diante da quebra de sigilo telefônico não se confunde com interceptação telefônica.

Na interceptação telefônica em sentido estrito, a intervenção ocorre no momento em que a comunicação está ocorrendo, obedecendo os termos legais da Lei 9.296/63 e da Constituição.

Na quebra de sigilo telefônico, a comunicação telefônica ocorreu em momento pretérito, alcança tão somente a relação das ligações realizadas, o número da linha telefônica, o dia e horário, a duração e número do destinatário; portanto distinto da disciplina aplicada pela Lei 9.296/96.

Qualquer uma das modalidades de invasão da privacidade tem o condão de devassa na vida privada do indivíduo, quer seja interceptação telefônica ou a quebra de sigilo telefônico, mas somente a interceptação telefônica encontra regência na Lei 9.296/96.

A interceptação telefônica ou quebra de sigilo telefônico prescinde de instauração prévia de inquérito ou ação penal, mas é necessária a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria e para isso a autoridade procede uma investigação do delito utilizando a interceptação telefônica se não existem outros meios para realizar a investigação.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

A interceptação telefônica pode ser realizada antes da instauração de inquérito policial, havendo fundado indício de autoria, não sendo possível a interceptação telefônica por conjectura, para vigiar se alguém comete algum crime ou infração penal. Se se fosse dessa maneira violaria o princípio da inocência, a finalidade da interceptação é a investigação criminal em caso de indícios fortes de autoria. Não serve também a interceptação telefônica para apurar questões cíveis, administrativas, comerciais, industriais.

Em caso de flagrante é patente o posicionamento do STJ, que já decidiu ser legítima a prisão em flagrante em razão do monitoramento por interceptação telefônica, que configura o flagrante esperado, diferente do flagrante preparado. Como bem descreve Luiz Flávio “Em se tratando de crime permanente, não padece de qualquer nulidade o auto de prisão em flagrante lavrado em decorrência de prévia escuta telefônica autorizada judicialmente” (STJ, HC 72.181/SP, 6ª T., J 02.10.2007)⁴⁵.

A interceptação telefônica admitida na fase de instrução processual penal há quem diga que viola os princípios consagrados em nossa Constituição, como: o princípio do devido processo legal; contraditório e ampla defesa. O princípio do contraditório não podendo ser imediato pela circunstância da lógica jurídica pois se a defesa tomar conhecimento da interceptação torna sem efeito a busca da prova, neste caso o contraditório será oportunizado posteriormente, será mitigado, obedecendo o devido processo legal.

A ampla defesa é garantida, visto que as partes podem ter acesso à prova colhida apenso nos autos apartados, não podendo haver óbice ao acesso da parte na prova colhida por força da garantia constitucional e a disciplina do art. 8º da Lei 9.296/96, o contrário seria violação clara dos ditames constitucionais.

O acesso aos autos também encontra amparo com maior clareza na Súmula Vinculante nº 14 do STF, que determina: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”⁴⁶.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

⁴⁶ Ibid., p. 61.

No que tange à prova adquirida por meio de interceptação telefônica, é patente o entendimento doutrinário que não se admite a “prova emprestada”, a prova resultante de interceptação telefônica não se utiliza em procedimento outros se não para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, inteligência da lei em análise tendo por base os preceitos constitucionais.

Ficou bem claro o interesse do legislador constituinte quando da delimitação do emprego da prova feita por interceptação telefônica que se trata para fins criminais; e não é qualquer crime, é aquele crime que depende da interceptação como meio de prova, assim, não há possibilidade de utilizar uma prova colhida por interceptação telefônica para processo civil ou administrativo, nesse sentido assegura Luiz Flávio Gomes.

O Min. Luiz V. Cernicchiaro foi mais longe: é uma prova imprestável para qualquer outro inquérito ou processo. Urge o respeito à vontade do constituinte (“fins criminais”). Impõe-se, por último, acrescentar: essa prova criminal dever permanecer em “segredo de justiça”. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º.⁴⁷

Mesmo com robusto ensinamento doutrinário e atento à determinação constitucional no sentido de não admissibilidade da prova colhida em interceptação telefônica, a jurisprudência vem cristalizando entendimento contrário, admitindo a interceptação telefônica em processos administrativos e políticos, transcendendo a partes distintas da qual foi realizada a interceptação, senão vejamos a posição do pleno do Supremo:

[...] dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova” (STF, Inq em QO-QO 2424/RJ, Pleno, J. 20.0.2007, m. v.).⁴⁸

Afirma Luiz Flávio Gomes que o uso de uma interceptação telefônica para fins não penais é inconstitucional, vejamos:

⁴⁷ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

⁴⁸ Ibid., p. 63.

Com a devida vênia, o uso de uma interceptação telefônica para fins outros que não “penais” é totalmente inconstitucional. Sendo o próprio STF que está amparando essa inconstitucionalidade, ao prejudicado não restaria outro caminho que pedir à Comissão Internacional de Direitos Humanos (Washington, Estados Unidos) a reparação dos seus danos, tendo em vista a patente violação ao princípio do devido processo legal⁴⁹.

Contudo, a interceptação telefônica requer sempre uma base na legalidade, para não tornar uma ação frustrada, ilícita. Uma prova ilícita contamina todo o processo, e as provas obtidas por derivação, só são lícitas se obtidas em interceptação telefônica de acordo com os mandamentos da Lei. Isso encontra expressamente no preceito constitucional (art. 5º, inciso XII).

A motivação para dar início à ação de interceptação telefônica, uma vez garantido o sigilo de privacidade, precisa atender o princípio do juiz natural, aquele que tem competência para determinar a interceptação da comunicação. Por se tratar de prova para investigação criminal e instrução processual, somente o juiz investido de competência para ação penal será o juiz natural para determinar a interceptação telefônica.

No caso da investigação criminal, quando ainda não há um processo acompanhado por um juiz, será competente aquele que esteja investido em qualquer jurisdição penal, podendo ser na jurisdição penal comum, federal, militar ou eleitoral. Não pode ser competente um juiz de outra jurisdição diversa da penal. Aquele que autorizar a interceptação telefônica na fase de investigação criminal fica prevento para acompanhar a ação principal.

Nesse contexto, o juiz competente para dirimir a ação principal é competente para autorizar ou não a interceptação de comunicação telefônica. É nula a autorização efetuada por juiz incompetente.

O segredo de justiça na interceptação telefônica tem caráter absoluto, em primeiro lugar por razões lógicas, não terá efeito útil uma interceptação quando da informação antecipada ao investigado ou seu defensor a respeito da investigação. Senão manter o sigilo no momento da gravação e diligência, seria frustrar todo esforço empenhado para obtenção da

⁴⁹ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

prova. Depois de constituída a prova, será levantado o segredo perante os interessados, (investigado e seu defensor), isso para atender a Lei e a Súmula Vinculante nº 14 do STF.

O levantamento do sigilo é restrito, valendo apenas para as partes, não se trata de publicação ao meio externo. Isso porque são várias as razões da restrição da publicidade, a privacidade, a presunção de inocência, a honra do investigado, além da intimidade de tantas outras pessoas passíveis da gravação que têm seus direitos fundamentais garantidos.

Da mesma maneira que as comunicações telefônicas, as comunicações telemáticas também se submetem ao mesmo crivo, não poderia ser diferente pois o art. 1º da Lei comentada garante que "... comunicações telefônicas de qualquer natureza", com o desenvolvimento tecnológico pouco importa se a comunicação foi realizada utilizando outro meio telemático diferente do telefone convencional. No fundo tudo é comunicação que merece a privacidade e só pode ser adquirida por meio de interceptação com autorização judicial.

Com o avanço do crime organizado, seria uma maneira de deixar o crime organizado fora da persecução penal. O delinquente substitui uso do telefone convencional para outros meios existente da tecnologia e ficaria impune. Schaefer Martins (apud FLÁVIO GOMES 2013, p. 86), "Tudo quanto foi dito em relação à interceptação telefônica, tem exata aplicação para a telemática ou informática".

O art. 2º do diploma legal traz os pressupostos cabíveis na interceptação telefônica. Em sendo uma medida cautelar os pressupostos básicos são: o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delict*), *periculum in mora* (*periculum in libertatis*), sem estes pressupostos não há se falar em interceptação telefônica.

O *fumus boni iuris*, encontra-se expressamente previsto na Lei de interceptação no art. 2º, inciso I, "se houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal". Aqui o juiz verifica a aparência do bom direito, juntamente com a probabilidade de autoria e de existência de uma infração penal.

Como segundo pressuposto que deve ser observado é o *periculum in mora*, no direito penal é quando se observa a dimensão da perda do direito pelo tempo, é quando urge o perigo o risco de salvaguarda de um direito. A Lei coloca em seu art. 2º, inciso II, "a prova não poder ser feito por outros meios disponíveis".

O julgador não faz um juízo de valor baseado em conjecturas ou suspeitas, precisa que sejam prováveis a autoria e a materialidade.

Neste contexto, quando existirem outros meios de provas disponíveis não poderá ser determinada a interceptação telefônica; por ser tão invasora e drástica na intimidade do indivíduo, é uma medida de *ultima ratio* como se observa, no caso de prova testemunhal ou por meio de perícia impede a interceptação. Como exemplo não pode ser autorizada a interceptação por falta de meios materiais dos órgãos de persecução penal, como falta de pessoal no Ministério Público, agente de Polícia ou um equipamento de rotina danificado, isto por força da ofensa clara da Lei e da Constituição, portanto podemos dizer que esse meio de prova é subsidiário e excepcional.

Ademais, não é qualquer infração penal que justifica a interceptação telefônica, o art. 2º, inciso III da Lei 9.296/96 estabelece que, “quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

Os crimes punidos com detenção não são legítimos a interceptação; por sua vez crimes de ameaça realizada por telefone, contravenção penal e outros de menor potencial ofensivo não permite a investigação por interceptação telefônica.

No mesmo sentido não há interceptação por prospecção, ou seja, interceptação de comunicação telefônica para determinar se o agente está cometendo algum tipo de crime não será lícita.

A interceptação é sempre pós-delitual e nunca pré-delitual, neste diapasão a admissibilidade da interceptação está sujeita a mensuração do nível da cominação da pena.

Na autorização da interceptação feita pela autoridade competente, o juiz deve sempre observar os pressupostos legais, em especial “a situação objeto da investigação, a indicação e qualificação dos investigados”, conforme preceitua o parágrafo único do art. 2º da Lei em tela.

Neste sentido, o juiz deve indicar a autoria e a materialidade do crime, qual ou quais os crimes em apuração e quais os supostos criminosos. Para que a interceptação seja legítima é necessário logo na autorização que sejam bem delineados os indícios razoáveis da autoria ou participação e que se apure infração punida com reclusão; é o momento que deve ser individualizada com clareza o sujeito passivo da escuta, isso para fazer jus ao pressuposto

básico da interceptação, no caso a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação (art. 2º I). Isso tudo para não incorrer em ilegalidade contra a lei e a constituição, por se tratar de uma invasão severa aos direitos fundamentais do indivíduo.

Para garantir toda lisura, a autoridade deve atentar à individualização do sujeito passivo ou sujeitos passivos, além da linha ou linhas telefônicas que será interceptada.

Na ocorrência de interceptação telefônica existem possibilidades de captação de comunicação entre outras tantas pessoas diversas daquela a qual foi autorizada, e com ela outros crimes podem ser descobertos fora do objetivo desejado.

E o caso da serendipidade⁵⁰ quando se deseja a descoberta de uma coisa e encontra outra; nesta situação a prova só será válida se o fato delitivo tem conexão com o fato investigado e a conduta praticada pela mesma pessoa. Trata-se de prova nula em caso de não haver a conexão e continência,⁵¹ estamos diante de encontro fortuito de outros fatos ou de outros envolvidos em crimes.

A jurisprudência consolidada em nossos tribunais comunga no entendimento de admitir a prova colhida em interceptação relativa a encontro fortuito, havendo a conexão ou continência com o fato originário, vejamos:

A descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode ser resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização das provas colhidas contra esses terceiros (fenômeno da Serendipidade). Precedentes. (STJ, RHC 28.794, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13.12.2012)⁵².

O art. 3º da Lei de interceptação telefônica dispõe que “*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*”.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

⁵¹ Ibid., 2013, p. 112.

⁵² Ibid., 2013, p. 116.

O dispositivo legal em tela permite que seja determinada a interceptação telefônica “de ofício” feita pelo juiz competente, mas não traz referência em qual fase da apuração o juiz deve atuar.

A doutrina entende que não compete ao juiz determinar de ofício a interceptação telefônica na fase investigatória por ser atribuição do Ministério Público ou representação da autoridade policial, todavia, o juiz pode determinar “de ofício” a interceptação telefônica na fase processual.

Luiz Flávio Gomes entende que o art. 3º da Lei 9.296/96 é inconstitucional, na parte do juiz determina de ofício a interceptação telefônica na fase investigativa por violar princípios como a imparcialidade⁵³.

Nesse sentido, foi proposta a ADIn 3.450 pelo Procurador-Geral da República, na qual se pleiteia que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 3º da Lei Federal 9.296 de 24.07.1996, excluindo-se a interpretação que permite ao juiz, na fase pré-processual penal, determinar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas⁵⁴.

Isso traduz uma posição de “juiz inquisidor” não contemplado em nosso sistema que dota o sistema acusatório, contrariando assim os preceitos constitucionais vigentes e por tratar de ingerência na intimidade e privacidade do indivíduo, direitos fundamentais garantidos pelo Constituição democrática de 1988.

Resta salientar quanto ao dispositivo expresso no art. 3º dessa lei determina a autoridade policial e o representante do Ministério Público podem requisitar ao juiz a interceptação telefônica, desde que a primeira somente pode requisitar a interceptação telefônica no momento da investigação criminal, ao passo que o representante do Ministério Público pode requerer a interceptação em ambas as hipóteses, quer seja na fase inquisitória ou processual.

Para o juiz ordenar a medida, a requisição dever conter não somente os requisitos mínimos, senão conter outras informações como: o indício de autoria, materialidade do delito, que o delito seja punido com reclusão, descrição do objeto da investigação, a identificação

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

⁵⁴ Id., p. 141.

da(s) linha(s) telefônica(s) e a duração da interceptação que não deve durar mais que quinze dias, nos termos do art. 4º, §§, da Lei comentada.

A respeito da fundamentação do ato de interceptação telefônica, o art. 5º da referida Lei, determina que: *“a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”*.

Pode ser considerada a parte de maior relevância da Lei. Acertadamente o legislador estampou necessidade de fundamentar, baseado no art. 93, IX da CF/88, visto a interferência no direito fundamental afeto à liberdade, à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, à dignidade da pessoa humana, à presunção de inocência, todos direitos garantidos constitucionalmente; isso tudo é desdobramento da possível violação à intimidade e privacidade do indivíduo.

Nos termos do art. 5º da Lei ora comentada, o prazo para realização da interceptação telefônica é de quinze dias, podendo ser prorrogável por igual período. O legislador ordinário não deixa dúvida de quinze dias é prazo máximo.

A este respeito há divergência doutrinária, quanto à renovação por uma única vez ou a renovação em quantas vezes necessária. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça asseguram que a renovação pode ser realizada por quanta vezes necessário, sendo razoável o prazo de renovação e desde que devidamente fundamentada, vejamos:

O prazo de duração da interceptação telefônica pode ser seguidamente prorrogado, quando a complexidade da investigação assim o exigir, desde que em decisão devidamente fundamentada, como *in casu*, em se considerando a ausência de comprovação da ilicitude das renovações, (STJ, RHC 28.794/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, Dje 13.12.2012)⁵⁵.

A execução dos procedimentos da interceptação telefônica cabe à autoridade policial. O poder de conduzir a interceptação foi conferido à autoridade policial por força do art. 6º da Lei 9.296/96. A autoridade policial não se restringe à Polícia Civil, podendo ser Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a autoridade policial militar por sua vez, conduz a investigação no âmbito militar.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

Em tese a autoridade policial realiza o controle operacional da investigação, ficando o controle probatório e de legalidade a cargo do juiz competente, isso todo para conferir à prova a legalidade e licitude desejadas.

Nesta mesma linha de pensamento, o Ministério Público deve ser cientificado da interceptação sob pena de nulidade, a nulidade que se trata é relativa, em sendo o caso de não causar prejuízo ao réu.

Feita a gravação da interceptação, deverá ser transcrita. Não há necessidade da transcrição da prova em sua totalidade, garante a jurisprudência dos tribunais superiores STF/STJ: “Não é exigida a transcrição total dessas conversas, o que em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º da Lei 9.296/96)” (STF, HC 83.515/RS, Pleno, j. 16.09.2004⁵⁶).

Contudo, não é pacífico esse entendimento; mesmo pela sua complexidade, a degravação parcial permite interferência no conteúdo, alterando trechos das conversas, mas deve ser sopesado dentro da proporcionalidade e razoabilidade para preservar a intimidade dos interlocutores, visto que muitas conversas não dizem respeito ao crime investigado.

Nesse contexto, é certo que o direito de defesa quando possível violação do direito de privacidade, o sigilo das comunicações deve ser preservado, em favor do princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, dando direito à defesa o acesso aos materiais de armazenamento das gravações em sua totalidade.

Depois de cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da investigação ao juiz, juntamente com o auto circunstanciado, contendo um resumo das operações realizadas.

Em sendo o caso de interceptação, seguindo todos os cuidados que rege a Lei em tela e a Constituição, os procedimentos ocorrerão em autos apartados e seguem apensos aos autos do inquérito policial ou processo criminal em curso, isso para garantir o menor impacto à intimidade e privacidade do investigado ou terceiro interlocutor com a quebra do sigilo.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 172.

O legislador ordinário teve a cautela em fomentar a preocupação quanto às garantias fundamentais em todos os artigos da lei em comento, especialmente no art. 8º dessa lei.

É clara a preocupação na preservação do sigilo das comunicações e no dever de preservar os autos apartados, na fase investigativa pela autoridade policial, bem como pelo juiz durante a fase instrutória.

Quanto ao sigilo das comunicações devem ser sempre preservados, o sigilo é uma garantia fundamental expressa pela Constituição. Quanto ao processo penal, a regra é a publicidade irrestrita do processo, ocorre que, na fase de inquérito por questão lógica e legal (art. 20 CPP), a regra é o sigilo externo, contudo, concluídas as investigações, deve ser levantado o sigilo e dar publicidade interna, ao defensor e a parte, para não violar o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Mesmo com a decisão do juiz devidamente fundamentada que autoriza a investigação e sendo medida que excepciona direito fundamental, não há como prever o âmbito das conversas interceptadas. Neste sentido a operação capta todas as comunicações no período da investigação.

Neste contexto, uma grande quantidade de comunicações não tem relevância para a obtenção da prova desejada, são comunicações de terceiros alheios à investigação que não dizem respeito ao fato, portanto são inúteis para a elucidação do crime investigado.

Nos termos do art. 9º na Lei 9.296/96, “a gravação que não interessa à prova será inutilizada por decisão judicial...”, visto que o conteúdo das gravações contém parte útil e parte inútil, para o juiz, ao tomar conhecimento, determinará a destruição de tudo que seja inútil à prova.

O objetivo maior do dispositivo em que há o controle judicial da interceptação é a proteção dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, corolário do direito ao sigilo das comunicações expresso na Carta Maior.

Na precisa lição de Luiz Flávio Gomes, “ao determinar a inutilização de tudo que não tenha interesse para a prova, o juiz está nada mais que assumindo esse relevante papel de guardião da Constituição, dos direitos e garantias fundamentais, da dignidade humana...”⁵⁷

Trata-se de uma obrigação de destruir ou inutilizar tudo aquilo que não seja útil à prova e não uma faculdade. Todavia, o juiz não pode agir de ofício, carece de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, conforme a parte final do dispositivo legal.

Em virtude do direito à ampla defesa e do direito ao contraditório, a destruição das comunicações inúteis carecem de manifestação favorável da defesa. Caso contrário pode o acusado ou investigado ser prejudicado quando inutilizado conteúdo de seu interesse. Pode ocorrer também a substituição de defensor, em que o primeiro já manifestou positiva a destruição das gravações que interessa a defesa, tornado prejudicado o acusado.

Por fim, o momento da inutilização será obrigatoriamente acompanhado pelo representante do Ministério Público e facultativo ao investigado ou acusado, visto que o incidente pode ocorrer durante o inquérito ou no período da investigação, conforme parágrafo único do art. 9º da Lei comentada.

Em apertada síntese, um esboço quanto à tipificação da interceptação telefônica de informática e telemática, o art. 10 da Lei 9.296/96 estabelece que “*Constitui crime realizar interceptação de comunicação telefônica, de informática ou telemática, ou qualquer segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*”.

Com acerto que o diploma criminaliza o ato de interceptação de comunicação telefônica quando realizada ilegalmente, isso levado em conta os bens jurídicos tutelados de grande relevância, senão a liberdade, privacidade e intimidade do indivíduo já garantidos na Constituição em seu art. 5º inciso XII.

A tipificação tutela o direito à liberdade de expressão e pensamento levado entre interlocutores que não pretendem ver o conteúdo da comunicação revelada. É a garantia do sigilo das comunicações, direto à liberdade de comunicação telefônica e telemática, o direito à privacidade.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

Decorreram quase dez anos para a regulamentação da interceptação telefônica e telemática garantida pela Constituição Federal. Contudo, com o desenvolvimento tecnológico e o desenfreado avanço na área das comunicações, a privacidade e intimidade do cidadão ficam cada vez mais vulneráveis, sendo indispensável a tutela desse direito.

Com o panorama que se encontra a sociedade política do país, meio à turbulência econômica e jurídica em face de investigações incluindo os mais altos cargos políticos envolvendo interesse de grandes empresas e cargos políticos, a não criminalização na interceptação telefônica restaria uma fábrica de violação aos direitos fundamentais e generalizada impunidade.

A tutela penal abrange qualquer tipo de comunicação, a telefônica, telemática ou informática, não se restringindo apenas às comunicações telefônicas. Seria uma não tutela a limitação apenas a esta e excluindo aquelas.

A conduta da interceptação é típica se não há autorização judicial. Havendo a autorização não haverá o crime tipificado no art. 10 da Lei, que tutela acima de tudo o sigilo às comunicações (liberdade de comunicação).

CONCLUSÃO

Pelo exposto, os meios de provas em processo penal foram maculados pela repressão punitiva; em muitos casos utilizou-se do uso da tortura para obtenção da prova e outros vários meios de obtenção de provas foram utilizados na busca da verdade real ou material.

Conforme delineado no texto, a prova é a ferramenta fundamental no processo. Contudo deve ser utilizada com liberdade probatória com respeito aos princípios fundamentais inerentes ao ser humano, em especial a dignidade da pessoa humana.

Pela importância que a prova tem no processo por constituir o elemento de convencimento do juiz com os fatos trazidos na causa, a prova é um meio que contempla a dignidade da pessoa humana, desde que importe na liberdade probatória limitada pelo respeito aos direitos fundamentais.

As provas são ilícitas se obtidas com violação aos princípios de direito material, e se desdobram no plano processual, tornando a prova imprestável, podendo até contaminar todo o processo. Se a sentença proferida pelo magistrado for baseada na prova ilícita, está será nula.

Pode ser admitida a prova ilícita no processo, desde que amparada pelo princípio da proporcionalidade, visto que a inadmissibilidade de prova ilícita tem sua aplicabilidade no capítulo inerente aos direitos e garantias individuais da Constituição.

O núcleo da questão aqui discutida é a interceptação telefônica como meio de prova usada no convencimento do juiz sem a violação da presunção de inocência.

Quanto à obtenção de provas, os abusos cometidos pelas autoridades não podem ser atribuída a fragilidade do legislador pois este teve o cuidado de expressar na Constituição, nos códigos infraconstitucionais, normas suficientes a ser cumprida a licitude das provas, principalmente na prova colhida por meio de interceptação telefônica, que sempre requer ordem judicial para invasão da intimidade alheia.

A Constituição prega a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial para fins de investigação criminal e instrução processual penal, isto em defesa dos direitos e garantias individuais dos indivíduos. Em atenção ao avanço à criminalidade principalmente ao crime organizado, a doutrina e a jurisprudência têm acompanhado e combatido a criminalidade com a regulamentação das interceptações telefônicas.

Os criminosos geralmente se utilizam dos meios tecnológicos para agir contra o cidadão e o Estado, causando vultosos prejuízos. Em contrapartida o Estado regulamentou o postulado constitucional prevendo a interceptação telefônica por ordem judicial, limitando as liberdades públicas, pois estas não são meios de proteção aos abusos nem servem para acobertar criminosos.

A interceptação telefônica é um eficiente instrumento de combate ao crime organizado, que é atuante em todos os Estados e encontra-se difundido principalmente no meio político e empresarial. Sem a interceptação telefônica, muitas investigações não teriam êxito, além de ser um meio de prova contundente, contra o tráfico de entorpecentes e no crime organizado.

Por todo o exposto, o que temos de mais relevante é a tutela da liberdade de comunicação, expressa no art. 10 da Lei Federal nº 9.296/1996, pois, com o desenvolvimento

tecnológico altamente sofisticado, a vida privada do cidadão está exposta a devassa e à publicidade indesejada.

Durante a exposição deste trabalho, procuramos demonstrar os efeitos da interceptação telefônica usada como prova em processo penal, fazendo um paralelo com o princípio da presunção de inocência.

Constatamos que a interceptação telefônica tem encontrado harmonia com o princípio da presunção de inocência, principalmente com a regulamentação da Lei Federal 9.296/96, que determina que a interceptação telefônica depende de ordem judicial.

O núcleo deste trabalho “interceptação telefônica” conjugada com “princípio da presunção de inocência” é a constatação de que atualmente estes atuam para uma garantia ampla para o cidadão, mas sobretudo na segurança jurídica; nos exercícios das atividades jurisdicionais, atuando no combate à desigualdade social e a dignidade da pessoa humana.

Com a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas como direito fundamental e a regulamentação da norma pela (Lei 9.296/96), o arcabouço jurídico nestas normas tem o condão de trazer ao cidadão um equilíbrio entre a persecução penal, que é o interesse público em face dos direitos e garantias individuais.

É nesse contexto que podemos observar o empenho da Justiça na luta pela moralidade da coisa pública, aliada ao desenvolvimento tecnológico e aplicação adequada desta norma para coibir o desejo da apoderação das riquezas do Estado em mão de gestores sem escrúpulo que desejam locupletar-se em benefícios próprios.

REFERÊNCIAS

AVÓLIO, Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. Ed. Revisada, e atual. Em face das Leis 9.296/90 e 10.217/2001 e da jurisprudência.* – São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 251.445-GO. Relator: Celso de Melo. 03 de agosto de 2000.

_____. _____. HC 69912 – RS. Relator: Sepúlveda Pertence. 30 de junho de 1993.

_____. _____. HC 91.613 – MG. Relator: Gilmar Mendes. DJe, 14 de setembro de 2012.

_____. _____. HC 75261 – MG. Relator: Octávio Gallotti. DJU 22 de agosto 1997, p. 472.

_____. _____. HC 106.225. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 07.02.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 94.945- SP. Relator: Laurita Vaz. DJe 23 de agosto de 2010.

_____. _____. HC 161.053 - SP. Relator: Jorge Mussi. DJe 03 de dezembro de 2012.

_____. _____. RHC 18.116 – SP. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. DJU 06.03.2006, p.443.

_____. _____. HC 20.087 – SP. 5ª T., 19.08.2003.

_____. _____. HC 72.181 – SP. 6ª T., J 02.10.2007.

_____. _____. RHC 28.794. Relator: Laurita Vaz. DJe 13.12.2012.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o Conflito entre Punir e Libertar.* Rio de Janeiro, 2005.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita.* São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINANARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 27. ed., São Paulo, 02.2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996,* 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996 –* São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Waldemar Antonio Tassara. *Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da lei n° 9.296/96.* Disponível em:

<www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 22/07/2016.

JUNIOR, Wilson Canci. *Sigilo das comunicações e interceptação telefônica*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11037>. Acesso em 13/10/2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. Ed. São Paulo, Atlas, 2015.

_____; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11*. São Pulo, Atlas, 2013.