

UNISAL

Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Curso de Direito

Fernando de Souza Marcondes de Moura

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Americana / SP

2009

FERNANDO DE SOUZA MARCONDES DE MOURA

E-mail: fernando@mofer.com.br

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Monografia apresentada como exigência para obtenção do título de Graduação em Bacharel do Curso de direito à Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

Orientador: Prof. Tiago Felipe C. Malosso.

Americana / SP

2009

FERNANDO DE SOUZA MARCONDES DE MOURA

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

Aprovado em 18, Novembro de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador: Tiago Felipe Coletti Malosso.

Prof. André Luis Cerino da Fonseca

Prof. Willey Lopes Sucasas

Conceito Final: **8,5**.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à minha esposa Fabiana C. Schatz Marcondes de Moura, pelo amor, carinho, paciência e dedicação com minha pessoa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo milagre da vida e o direito de conseguir completar mais uma etapa, e junto dessa conclusão agradecer as pessoas que sempre estarão em meu coração, pelo carinho e toda dedicação que tiveram comigo durante todo esse percurso.

Ao meu orientador Tiago Felipe Coletti Malosso, pelo profissionalismo e dedicação com o nosso trabalho.

Ao meu Pai Lucio Antonio Marcondes de Moura pelo carinho e amor dedicado por mim e ter ficado ao meu lado nos momentos mais difíceis da minha vida.

Ao meu irmão Alexandre de Souza Marcondes de Moura e sua Família que sempre me incentivaram a nunca desistir dos meus objetivos.

Ao meu verdadeiro amigo Ricardo Savassa e Família, que ao mesmo tempo se tornou muito mais do que um amigo em minha vida.

Aos professores que passaram em toda minha trajetória, pela atenção, disposição e boa vontade em transmitir os seus conhecimentos técnicos e científicos, para conclusão desta etapa.

Em especial á um amigo que então pouco tempo se tornou uma pessoa muito importante Marcos Ferreira Neves Mela.

A todos os colegas e funcionários pelas amizades feitas e companheirismo nesta jornada, que deixaram saudades.

EPÍGRAFE

“O Direito não é apenas uma teoria pura, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança, em que pesa o Direito, e na outra a espada, que serve para o defender. Sem a balança a espada é a violência bruta e sem a espada a balança é a fraqueza do Direito.”

Rudolf Von Ihering.

MOURA, F. S. M de. Apresentação – Revisão de Literatura – Interceptação Telefônica. Monografia apresentada para conclusão do curso de Bacharel em Direito. **Centro Universitário Salesiano de São Paulo**. Americana. 2009

RESUMO

A interceptação Telefônica vem sendo utilizada de forma recorrente pelos órgãos de persecução penal para o esclarecimento de delitos. Assim, vem despertando na doutrina e jurisprudência diversas discussões acerca dos limites que tal meio de prova deve sofrer diante do sigilo das comunicações telefônicas.

Discute-se, todavia o sigilo das comunicações telefônicas, onde o direito da intimidade não vem sendo preservado em varias ocasiões, além do prazo constituído pela Lei, sendo este o tema do presente trabalho.

A metodologia que será utilizada para a realização deste trabalho consiste no método exploratório de textos, tendo como base de pesquisa, livros, periódicos, internet.

Durante o desenvolvimento do trabalho foram apontados os princípios anteriormente citados relevantes a Lei 9296/96 – Interceptação Telefônica.

Palavras-chaves: Interceptação Telefônica, Sigilo das Comunicações Telefônicas, Prazos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PROVA	13
1.1 Conceito da Prova	13
1.2 Objeto da Prova	16
1.3 Fontes, Meios e Elementos da Prova	19
1.4 Classificação das Provas	21
2. PROVA ILÍCITA	23
2.1 Conceito da Prova Ilícita	23
2.2 Ilícitude por derivação	28
2.2.1 Princípio da Proporcionalidade	32
2.3 Prova Obtida ilicitamente	36
2.3.1 O Uso da Prova Ilícita Pro Reo	39
3. DIREITO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	41
3.1 Direito ao Sigilo das conversas telefônicas	41
4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	48
4.1 Conceito	48
4.2 Interceptação Ambiental e Escuta Ambiental	50
4.3 Escuta Telefônica	51
4.4 Gravações Clandestinas	52
4.5 Evolução do Ordenamento Jurídico	56
4.6 Transcrição de Gravações	62
4.7 Natureza Jurídica das Transcrições	65
4.8 Procedimento de Interceptação Telefônica	74
4.9 Prazo da Interceptação Telefônica	87

4.10 Prazo da Interceptação Telefônica “Projeto de Lei”	92
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97
ANEXO A - LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996	100
ANEXO B - PROJETO 3.272/2008	103
ÍNDICE	106

INTRODUÇÃO

Para situar discussão acerca da interceptação que será desenvolvida no presente trabalho, é indispensável se estabelecer o conceito de prova.

Neste sentido, de acordo com, Vicente Greco Filho ^[01], "A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesmo ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível Guimarães ^[02], "Todo meio legal, usado no processo, capaz de demonstrar a verdade dos fatos alegados em juízo. "A prova deve ter como objetivo principal o convencimento do juiz".

Neste contexto, está inserida a discussão da interceptação telefônica, posto que se trata de um importante meio de prova, que, no entanto, atinge o direito ao sigilo das conversas telefônicas estabelecido no artigo 5º, inciso XII^[03], da Constituição Federal (CF/88).

De acordo com Jesus ^[04], a interceptação tem, etimologicamente, entre outros, os sentidos de: "1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas".

⁰¹. GRECO FILHO, Vicente – **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 02. 11ed. São Paulo. 1996. p.194.

⁰². GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 9ª ed. São Paulo: 2006 p. 168.

⁰³. **CF/88**. Art. 5º. XII – "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

⁰⁴. JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 735, jan., 1997.

Segundo definição do professor Avolio ^[05], “as interceptações, juridicamente, em sentido amplo podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las, com consequências penais, quer para delas apenas tomar conhecimento – neste caso, também com reflexos no processo”.

Em sentido estrito, ensina o professor Vicente Greco Filho ^[06], “é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles”.

Como afirmado anteriormente, a interceptação vem sendo utilizada de forma recorrente pelos órgãos de persecução penal para o esclarecimento de delitos.

Tal utilização recorrente vem despertando na doutrina e jurisprudência diversas discussões acerca dos limites que tal meio de prova deve sofrer diante do sigilo nas conversas telefônicas.

A abordagem deste tema tem como intenção delimitar, conhecer, definir e identificar, o que é interceptação telefônica, os limites constitucionais e legais para a utilização da interceptação telefônica.

^{05.} AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. São Paulo: RT, 2003.

^{06.} GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09/11.

A partir do conhecimento acumulado, também realizaremos uma análise sobre a utilização da interceptação telefônica, procurando identificar se a regulamentação dada pelo legislador não ofende o direito ao sigilo nas conversas telefônicas, bem como se na prática os limites da lei não vêm sendo desrespeitados.

A metodologia que será utilizada para a realização deste trabalho consiste no método exploratório de textos.

A partir de pesquisas já realizadas acerca do tema e de consulta da regulamentação atinente a matéria serão apresentados os limites para a utilização da matéria.

Já o estado de utilização da interceptação telefônica será verificado a partir da pesquisa de jurisprudência, bem como de dados revelados pela mídia escrita e falada acerca das interceptações.

1. PROVA

1.1 Conceito de Prova

Prova é o mais importante de toda a ciência processual. Diz Fernando Capez, “as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto”^[07].

De acordo com o dicionário da língua portuguesa prova é aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo, ato de provar ^[08].

O sentido jurídico do vocábulo por Deocleciano Torrieri Guimarães é: (...) “Todo meio legal, usado no processo, capaz de demonstrar a verdade dos fatos alegados em juízo. A prova deve ter como objetivo principal o convencimento do juiz”^[09].

Moacyr Amaral Santos nos mostra que a palavra prova pode significar tanto a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados, quanto o meio de prova considerado em si mesmo ou até o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade^[10].

Para o mesmo autor que consegue resumir em poucas palavras o conceito de prova, provar é convencer o espírito de verdade respeitante a alguma coisa.

⁰⁷. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Editora Saraiva. 12^º Ed. São Paulo: 2005. p.260.

⁰⁸. AURÉLIO. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Editora Positivo. 6^º Ed. 2004.p. 662.

⁰⁹. GUIMARÃES, op. cit.,

¹⁰. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do Direito Processual Civil**. Vol.2, 9^a, São Paulo Editora Saraiva. 2000. p. 327-328.

Para Vicente Greco Filho ^[11], "A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesmo ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado".

A propósito, Fernando Tourinho Filho afirma que

(...) O objetivo e finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira ^[12].

Edgar Magalhães Noronha conceitua prova como

(...) é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. De aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam; o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa (...) Essa demonstração é o que constitui a prova ^[13].

¹¹. GRECO FILHO, op. cit.,

¹². TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Manual de Processo Penal**. e^a Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2003. p.477.

¹³. NORONHA, Edgar Magalhães. **IN Curso de Direito Processo Penal**. 18^a ed., Editora Saraiva. São Paulo. 1986. p. 04.

A prova assim é elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações^[14].

Atendendo-se ao resultado obtido, ou ao menos tentado, “provar” é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo.

¹⁴. Ibid.

1.2 Objeto da Prova

Baseando-se em Fernando Capez ^[15], o objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

Para Julio Fabbrini Mirabete ^[16], o objeto de prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o Juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio.

Segundo Vicente Greco Filho ^[17], além de pertinentes, só devem ser objeto de prova os fatos relevantes por estes entendendo-se aqueles “que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa”

Contudo os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

¹⁵. CAPEZ, op. cit.,

¹⁶. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal. Jurídico Altas**. 11ª Edição. p. 457.

¹⁷. GRECO FILHO, op.cit., p.197.

Assim, objeto de prova são os fatos, mas não todos os fatos. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto de acusação, consideram-se fatos sem pertinência, pelo que devem se excluídos do âmbito da prova em concreto, e ter a sua prova recusada pelo juiz, sob pena desenvolver-se atividade inútil. Além de pertinentes só devem ser objeto de prova os fatos relevantes, por estes entendendo-se aqueles, como bem ensina Vicente Greco Filho, os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa ^[18].

O objeto de prova, no contexto de V. Manzini *apud* Fernando da Costa Tourinho Filho, são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem apreciação judicial e exijam comprovação. Insta acentuar que a palavra *fato*, em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem um conceito bastante amplo. Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam comprovação, é que constituem objeto de prova. Desse modo, excluem-se os fatos notórios ^[19].

¹⁸. *Ibid.*

¹⁹. V. Manzini, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª Edição. Editora Saraiva. 2008.p.215. *apud* TOURINHO FILHO, **Derecho Procesol Penal**. Trad. Sentis Melendo, Buenos Aires. EJEJ. 1952. v.3.p.205.

Fatos incontroversos, comportamento com que o réu pode deixar incontroversos os fatos alegados pelo autor é a confissão, que consiste em fazer uma afirmação (não colidente, mas ao contrário) coincidente com as que o autor fizera. A confissão, que o Código de Processo Civil indica como meio de prova artigos 348 e seguintes, na realidade é um dos possíveis fatores de incontroversa das alegações da parte contrária, o qual as dispensa de prova^[20] (art. 334, inc. II^[21].)

^{20.} DINAMARCO, **Cândido. Teoria Geral da Prova.** Disponível em: <http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/prova2>. Acesso em 29/08/2009.

^{21.} **CPC/Art. 334** - Não dependem de prova os fatos: II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. Disponível em: <http://www.dji.com.br>. Acesso 29/08/2009.

1.3 Fontes, Meios e Elementos da Prova

Meios de prova são, segundo a lição Pontes de Miranda, “as fontes probantes, os meios pelos quais o Juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos de Prova são os informes sobre fatos ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios” [22].

Abandona-se, portanto, na atualidade, a enumeração taxativa dos tradicionais meios de prova para permitir que “se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas)” [23].

“Meios de Prova”, conceitua Greco Filho, “são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato” [24].

O Código de Processo Penal especifica vários meios de prova dentre os artigos 158 a 250^[25], que constituem os chamados meios legais de Prova.

²². PONTES DE MIRANDA, “**comentários do Código de Processo civil**”, 1947. vol. II, p.155 apud José Frederico Marques “Instituições”... vol. IIIp. 336.

²³. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, n° 337: 125-134, jan./fev./mar. 1997, p. 125.

²⁴. GRECO FILHO, Vicente – **Manual de Processo Penal** . 5ª. Edição. São Paulo. 1998. p.199.

²⁵. **VADE MECUM**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 6 ed. Atual. E ampl. São Paulo. 2008.

A numeração, entretanto, não é taxativa. Outros meios de prova se admitem, mas desde que compatíveis com os princípios e à dignidade da pessoa humana – são as provas nominadas, na expressão de Carnelutti ^[26].

Distinguem, porém, entre fontes e meios de prova, Grinover, Fernandes e Gomes Filho, para os quais fontes de prova são “os fatos percebidos pelo juiz” e meios de prova “são os instrumentos pelos quais os mesmos se em juízo” ^[27]. Já os elementos de prova, conforme o magistério de Manzini são “todos os fatos ou circunstância em que repousa a convicção do juiz” ^[28].

^{26.} CARNELUTTI FRANCESCO apud José Frederico Marques “**Instituições**”... vol. II.p. 337. Assim também em “Elementos”...Vol.II.p.255.

^{27.} GRINOVER, Ada P. FERNANDES, Antonio, Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “**As nulidades no Processo Penal**”. São Paulo: RT; 6ª edição. 1998.p.118.

^{28.} TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Manual de Processo Penal**. 21ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1999. p.223.

1.4 Classificação das Provas

De acordo com alguns doutrinadores podem ser classificadas as provas segundo três critérios:

Do objeto: é o fato a provar-se e, quanto a ele, as provas diretas ou indiretas. Referem-se as primeiras, direta ou imediatamente ao fato a ser provado. A segunda diz respeito a outro(s) fato(s) que, por sua vez, se liga(m), ao fato a ser provado. São provas indiretas as presunções e indícios. Conforme João Mendes Júnior a prova indireta é também chamada de circunstancial “Prova Circunstancial é, pois, aquela que se deduz da existência de um fato ou de um grupo de fatos, que, aplicando-se imediatamente ao fato principal, levam a concluir que este fato existiu” ^[29].

Do sujeito: é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova: a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando. Prova pessoal é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados, como a testemunha que narra o fato que presenciou. Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu ^[30].

²⁹. MENDES, JR. João. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “**Instituições**”. op. cit., Vol. II, pág. 338.

³⁰. JOSÉ FREDERICO MARQUES “Elementos” 1958. Vol. II.p256. *Apud* AZEVEDO Vicente. “**Curso de Direito Judiciário Penal**”. Vol. II. p.10.

Da forma: é a modalidade ou maneira pela qual se apresenta em juízo. Em relação à forma a prova é testemunhal, documental ou material. Prova testemunhal, em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral, compreendendo as produzidas por testemunhas, declarações da vítima e do réu. Documental é a afirmação escrita ou gravada. Diz-se material a prova consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos de crime ^[31].

Em consideração a preparação da prova dividida-as em causais e preconstituídas. São causais as provas testemunhais, os exames periciais etc. Preconstituídas, em sentido amplo, são as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futura demanda. Em sentido estrito dizem-se preconstituídas as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares, representativos de atos jurídicos que pelos mesmos se constituem ^[32].

^{31.} Ibid.

^{32.} SANTOS, op. cit., 337

2. PROVA ILÍCITA

2.1 Conceito da Prova Ilícita

Prova ilícita é toda prova que ofende o direito material. Não devendo ter confusão com a denominação de prova ilegítima, apesar de ambas não serem aceita pelo direito processual pátrio, a prova ilícita fere o direito material e a ilegítima viola o direito processual ^[33].

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, prova ilícita:

“(...) é aquela "colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade" (...) constituem, assim provas ilícitas, as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade(art. 5º, X, da CF)”
^[34].

A prova ilícita enquadra-se na categoria de prova vedada, sendo esta entendida como a prova contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo ^[35].

^{33.} SANTOS JÚNIOR, Aldo Batista do. **Da Prova Ilícita**. Disponível em: <http://www.neofito.com.br>. Acesso: 20/06/2009.

^{34.} GRINOVER, et al., op. cit.,

^{35.} Ibid.

Prova ilícita, quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida mediante a prática de tortura (Lei n. 9.455/97^[36]), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150^[37]), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n.9.296/96, art. 10^[38]) e assim por diante. Outrossim, pode ocorrer de a prova não ser obtida por realização de infração penal, mas considerada ilícita por afronta a princípio constitucional^[39].

^{36.} Lei nº 9455 de 7 de Abril de 1997. **Define os crimes de tortura e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9455.htm>. Acesso em: 20/08/2009.

^{37.} **CP/Art. 150** - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. Disponível em: http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp150.htm. Acesso em: 20/08/2009.

^{38.} **Lei nº 9.296** de 24 de Julho de 1996. Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 20/08/2009.

^{39.} CAPEZ, op. cit., p.263-264.

A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, veda cabalmente a incursão no processo de provas obtidas ilicitamente, com efeito, dispõe com todas as letras, "que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"

Provas ilícitas, conforme a nova redação dada ao art. 157 do CPP pela Lei 11.690/2008, são "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Em outras palavras: prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção. Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (é, portanto, sempre extraprocessual) ^[40].

De acordo com o CPP, art. 155 pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto às ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.

Como, porém, a proibição de prova ilícita é uma garantia individual contra o estado, predominante é o entendimento na doutrina que possível é a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado ^[41].

⁴⁰. HC-72.588/PB – **Tribunal Pleno** – **Rel. Min. Mauricio Corrêa** – j. 12/06/1996, DJU 04/08/2000.

⁴¹. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal. Interpretado**. Jurídico Altas. 11ª Edição. São Paulo. 2006.p.457.

A ampla liberdade existente para produzir provas inonimadas, ou seja, fora do âmbito específico da legislação pátria, não autoriza as partes a ultrapassarem os limites impostos pela lei processual, lê-se art. 155 do código do Processo Penal e outros, e os impostos pelo direito de defesa e da dignidade humana ^[42].

Prova ilícita é a colhida com violação de normas, ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana ^[43].

A prova é ilegal sempre que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual o material. A prova ilegal é o gênero, de que são espécies as provas ilegítimas e ilícitas.

Enfim, pode-se estabelecer como conceito de provas ilícitas o mesmo empregado pelo Código de Processo Penal “serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais, e as delas resultantes”.

⁴². MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal. Interpretado.**, Jurídico Altas. 11ª Edição. São Paulo. 2006.p.457.

⁴³. AVIOLO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptação Telefônica e Gravações Clandestinas.** 2ª edição. São Paulo. 1999. p., 44.

Desta forma, podemos entender por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, aquela prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional. Como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infra-constitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias.

2.2 Ilícitude por derivação (Teoria da árvore dos frutos envenenados)

A advinda do direito norte americano a “*fruits of poisonous tree*” tem em seu nascimento um preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, a prova ilícita originária ou inicial contaminaria as demais provas decorrentes. Porém, esta teoria não é absoluta sob a ótica do Direito America no havendo limitações a sua aplicação^[44].

A Suprema Corte norte-americana entende que as provas serão ilícitas quando obtidas por agentes públicos estaduais ou federais, por serem reputadas inconstitucionais consoante a IV Emenda. Esta tutela os direitos individuais dos cidadãos, como também dispõe acerca das garantias fundamentais contra a ingerência do Estado na esfera particular do indivíduo. Não se permite que o Estado interfira no âmbito particular do cidadão, visto que a IV Emenda é considerada uma forma de proteção do particular contra atos abusivos dos agentes estatais^[45].

⁴⁴. SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/> . Acesso em: 19/07/09.

⁴⁵. Ibid.

Paulo Ivan da Silva afirma:

“A Suprema Corte Americana desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree*), segundo a qual a árvore ruim (busca ilegal, p. ex.) dará maus frutos: processo e condenação injustos e, conseqüentemente, nulos. Por outras palavras: independentemente da legalidade da colheita, a prova também será ilícita se derivar de outra prova ilícita. Depois disso, em cortes mais conservadoras, a Suprema Corte estabeleceu diversas limitações a essa teoria, dentre elas estas duas”^[46]:

a) limitação da fonte independente, segundo a qual os fatos descobertos a partir da prova ilícita não seriam necessariamente ilegais, se pudessem ainda ser provados por fonte independente;

b) limitação da descoberta inevitável, pela qual a prova seria admissível se a acusação provasse que ela seria inevitavelmente descoberta por meios legais, etc.

Por outro lado, no Brasil a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, ou também como são conhecidas “por derivação” da prova ilegal, não se aplicando a provas sem relação com a contaminação.

⁴⁶. Ibid.

O Supremo Tribunal Federal acolheu a teoria dos frutos envenenados julgando o seguinte:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente^[47].

⁴⁷. STF, HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155/508.

O presente entendimento foi utilizado como base para diversos julgados, os quais acolheram a presente teoria negando as provas ilícitas por derivação [48].

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo advoga na defesa da imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos. É o que argumenta nesse voto:

(...) a absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica [49].

Por outro lado, há os que defendem a tese de que a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser retirada dos autos, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar.

^{48.} **HC 73.351**, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 168/543 - HC 72.588-PB, rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 35 - HC 74.299, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 163/683 - HC 73.510, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo do STF nº 96.

^{49.} STF, AP 307-3, Rel. Min. Celso de Melo DJU 13/10/1995.

2.2.1 Princípio da Proporcionalidade

Também conhecido como princípio da razoabilidade, este princípio veio com o fim de mitigar o aparente caráter absoluto do art. 5º, LVI^[50] da Constituição Federal, afirmando que em casos excepcionais, a utilização no processo da prova ilícita será admitida.

Consiste esta teoria, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

Portanto, o estudo desta teoria envolve, em relação ao meio empregado pelo legislador, dois aspectos: o da adequação, quando com o seu auxílio pode-se chegar a um resultado desejado, e exigibilidade, por não haver outro meio tão eficaz e que seu uso não seja prejudicial, ou menos perceptível a um direito fundamental.

Diante disso, quando há confronto de princípios como o da proibição da prova ilícita e o da ampla defesa do réu, nesses casos, a prova ilícita será aceita segundo o princípio da ampla defesa.

⁵⁰. **CF/88** - Dos direitos individuais e coletivos. Artigo 5º “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br> Acesso. 29/08/2009.

Porém, José Carlos Barbosa Moreira ao criticar a presente corrente que admite a prova ilícita em favor da defesa do réu, afirma o seguinte:

“Se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ local”^[51].

⁵¹. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas**. Temas de Direito Processual – Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 112-113.

Da mesma forma, Roberto Prado Vasconcelos critica a utilização do princípio da proporcionalidade apenas em favor da defesa:

“É um vício constante da doutrina afirmar que as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser utilizadas contra o réu. O problema de se tratar assuntos tão importantes apenas no âmbito da abstração, sem testar suas construções doutrinárias com exemplos hipotéticos, leva a injustiças freqüentes, bem como ao esquecimento dos problemas crônicos que necessitam de soluções urgentes. Exemplifique-se com o caso do combate ao tráfico. Não se pode negar que é notória a freqüência com que os meios convencionais fracassam na resolução destes problemas”^[52].

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aceitação da prova ilícita *pro societate*. No julgamento do HC 3.982-RJ (RSTJ 82/321), admitiu como válida, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida (no caso, interceptação telefônica autorizada antes da Lei 9.296/96). Essa mesma decisão foi reafirmada no HC 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – n.º 13/96, p. 217) e no HC 6.129-RJ (RSTJ 90/364)^[53].

Contudo, nem toda prova ilícita *pro societate* é admissível no combate a crime hediondo. Já que o princípio da proporcionalidade impõe que sempre se leve em conta, no caso concreto, os direitos e interesses em confronto.

⁵². VASCONCELLOS, Roberto Prado de. **Provas Ilícitas** (Enfoque Constitucional) In Revista dos Tribunais, n.º 791, setembro de 2001. p. 465.

⁵³. SANTOS op. cit.,

No Brasil, o princípio da proporcionalidade é adotado, com reservas, pela jurisprudência, mais acentuadamente em matéria processual civil. Esse princípio é fortemente criticado por alguns doutrinadores. Porém, quando adotado, este pode dar margem em demasia a influência de fatores meramente subjetivos pelo julgador.

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais^[54].

Diante disso, o Princípio da Proporcionalidade, deve ser utilizado apenas em situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, em casos incomuns, onde o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, da sua efetiva utilização.

⁵⁴. NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita**, 4ª edição, São Paulo, 1997.

2.3 Prova Obtida ilicitamente

Repudiada pelo Direito as provas ilícitas ou obtidas por meios ilegais são expressamente vedadas pela Constituição Federal de 1988. Por ser derivada do direito norte-americano a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados afirma que uma prova ilícita originária ou inicial teria o condão de contaminar as demais provas decorrentes, ou seja, o processo que contém prova obtida por meio ilícito é nulo e todos os atos decorrentes, também, devem ser tidos como nulos, é o que a doutrina denomina prova ilícita por derivação. Por outro lado, a prova ilícita pode ser usada em situações excepcionais ou quando o direito tutelado é mais importante do que aquele atingido, isto pelo princípio da proporcionalidade e também, pelo princípio do estado de inocência, quando permite o uso da prova ilícita *pro reo*.

A Constituição Federal de 1988 ao tratar sobre as provas ilícitas ou ilegítimas estabelece em seu art. 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesmo ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado^[55].

⁵⁵. GRECO FILHO, Vicente – **Manual de Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo. 1999.p.152.

Dessa forma, a prova, porém, para servir de alicerce para uma decisão judicial, há de ser obtida por meios lícitos (legítimos), que não contrariem a moral e os bons costumes, que esteja dentro dos limites éticos do homem.

Contudo, com a finalidade de demonstrar fatos levados ao conhecimento do tribunal, provas colhidas ilicitamente são postas no processo como meio de formação do convencimento do julgador, porém estas provas ilícitas, ilegítimas ou ilegais devem ser desprezadas, segundo o preceito constitucional.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil em seu art. 332^[56] afirma que, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Nesse sentido, provas obtidas por meios ilegais devem ser desentranhadas dos autos do processo, sendo considerada prova imprestável, havendo a conseqüente análise das demais provas constantes dos autos.

È o que ADA PELLEGRINI GRINOVER salienta:

“trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia”^[57].

^{56.} **CF/88.** Artigo 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Disponível em: http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0332a0341.htm. Acesso 30/08/2009.

^{57.} GRINOVER, *et al.*, op. cit.,

Por sua não aceitação e total repúdio às provas ilícitas o Supremo Tribunal Federal acolheu a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (fruits of the poisonous tree theory), a qual uma prova ilícita originária teria o condão de contaminar os frutos, ou seja, as demais provas decorrentes, gerando assim a ilicitude por derivação.

Porém, a tendência doutrinária e jurisprudencial se inclina no sentido de suavizar o absolutismo do preceito constitucional estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, diante de situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, quando o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, como também, pelo princípio do estado de inocência, quando a prova ilícita é utilizada *pro reo*, os quais serão analisados mais adiante.

2.3.1 O Uso da Prova Ilícita Pro Reo

Com fundamento no princípio do estado de inocência, o uso da prova ilícita *pro reo* é aceita em matéria penal, sendo acolhida tanto pelos doutrinadores como pela jurisprudência em obediência ao princípio citado e também ao princípio do *favor rei*.

Nesse sentido, JOSÉ OLINDO GIL BARBOSA expõe:

“Como se vê, essa posição suaviza, indubitavelmente, o rigorismo da não aceitação incondicional das provas ilícitas. Nessas hipóteses o sujeito encontrar-se-ia em circunstância de verdadeiro estado de necessidade, que é umas das causas, como sabemos, de exclusão da antijuridicidade, vendo-se compelido ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade”^[58].

A Carta Magna veda o uso no processo de provas obtidas por meios ilícitos, considerando-as imprestáveis. Contudo a prova ilícita é permitida no inquérito policial, se somente se, para benefício do réu com base no princípio do estado de inocência e na salvaguarda da liberdade.

⁵⁸. BARBOSA, José Olindo Gil. **As Provas Ilícitas No Processo Brasileiro**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br>. Acesso em: 19/07/2009.

Tanto a doutrina como a jurisprudência se inclinam neste sentido de relativizar o art. 5º, LVI da Constituição Federal.

É o que Deise Cristiane Valente afirma:

“Como há produção de provas definitivas, conseqüentes à investigação criminal, formalizadas no inquérito policial, nada obsta que a polícia use uma prova adquirida ilicitamente em prol do suspeito ou indiciado, preservando e tutelando os princípios constitucionais atinentes aos direitos humanos fundamentais”^[59].

Nessa situação, o sujeito encontrar-se-ia em posição de verdadeiro estado de necessidade, que é umas das causas, como sabemos, de exclusão da antijuridicidade, vendo-se obrigado ao uso de prova ilícita em prol da sua liberdade.

^{59.} SANTEJANO, Deise Cristiane Valente. **A Prova.** Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos. Acesso em: 19/07/2009.

3. DIREITO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

3.1 Direito ao Sigilo das Conversas Telefônicas

O direito à intimidade "consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano" ^[60].

O direito à intimidade, como todos os demais, encontra limitações em seu exercício. Assim, é, por exemplo, com o direito à vida, admitindo-se plenamente a legítima defesa. Também com relação ao direito de propriedade, tendo-se em vista a exigida função social da propriedade e os chamados de direitos de vizinhança.

"Direito a intimidade é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade, o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos" ^[61].

A proteção dos direitos da intimidade e à vida privada foi necessária devido à evolução do homem e a busca pela sua dignidade, representando a luta contra a opressão e o arbítrio.

⁶⁰. CRETELLA, Júnior José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitário. 1989.

⁶¹. *Ibid.*

A afirmação de que o direito à intimidade está tutelado pela Constituição Brasileira não significa tratar-se de um direito ilimitado. Portanto, o direito à intimidade também encontra limitações, principalmente no tocante às demais liberdades públicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurou com o direito fundamental a inviolabilidade do sigilo da comunicação como regra e, excepcionalmente, a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5^a. XII^[62] CF).

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

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

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

A expressão "último caso" refere-se somente aos casos de comunicação telefônica.

⁶². VADE MECUM op. cit., p 07.

José Afonso da SILVA escreveu sobre as prescrições do inciso XII do artigo 5º., dizendo o seguinte:

"Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, e se interrompam o seu curso, se escutem e interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual"^[63].

O Constituinte somente se preocupou com a comunicação via telefone deixando de fora a comunicação de dados sem o uso de telefone. Ou seja, o criminoso da era da informática ou o criminoso via satélite ou da fibra óptica ou ainda o que utilizasse de infra vermelho estaria protegido diante da norma constitucional^[64].

Uma vez que a constituição de 1969, com Emenda nº 1, estabelecia a inviolabilidade absoluta das comunicações, somente em estado de sítio ou em medidas emergenciais.

^{63.} **A telemática no parágrafo única da Lei 9.296/96.** Disponível em: http://www.i3g.org.br/producao/direito_digital/sigilo/telem2.htm. Acesso 29/08/2009.

^{64.} RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96** (interceptação telefônica). Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>. Acesso em: 06/09 2009.

Conforme citado anteriormente a Lei 9296/96^[65] foi editada para regulamentar o art. 5º, XII ^[66]. CF, suscitando a aplicabilidade da interceptação telefônica de comunicação telefônica somente no âmbito penal, para apuração de infração penal, dependendo sempre de ordem judicial do juiz competente da ação principal, produzindo sobre segredo de justiça ^[67].

Para se proteger o sigilo das comunicações telefônicas é requisito essencial à existência de ordem judicial, pois é defeso ao Ministério Público e às Comissões Parlamentares de Inquérito determinar a Interceptação Telefônica.

Enfatiza Ada P. Grinover "na doutrina constitucional moderna, que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias". Deve-se reconhecer, enfatizam alguns comentaristas da Constituição de 1988, que o princípio do sigilo absoluto, algumas vezes, não se coaduna com a realidade e a necessidade social. Os danos pessoais, em conclusão, seja no momento de uma comunicação (telefônica ou por outra forma), sejam os armazenados (estanques), não gozam de sigilo absoluto ^[68].

^{65.} **Lei 9296/96.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 06/09 2009.

^{66.} XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; VADE MECUM op. cit., p 08.

^{67.} **V. A Constituição do Brasil 1988**, Price Waterhouse, SP, 1989, pág. 161.

^{68.} GRINOVER, *et al.*, op. cit.,

Antônio Magalhães Gomes Filho, ao tratar da questão da proteção constitucional do sigilo das comunicações, ensina que:

“Tradicionalmente, até porque essa era a única forma de comunicação entre as pessoas que estavam em lugares diversos, o objeto da proteção estava limitado à correspondência epistolar, mais recentemente, com os avanços da tecnologia, problemas correlatos e delicados surgiram igualmente em relação às formas modernas de comunicação, e especialmente as telegráficas, de dados informatizados e telefônicos”^[69].

A tutela do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas representa dispositivo indispensável para a consecução de um estado de Direito, com respeito às prerrogativas do indivíduo.

Contudo os direitos individuais devem ceder em face de interesses mais abrangentes, que repercutem em toda a sociedade. Assim, a própria norma constitucional, *in fine*, prevê exceção à exigibilidade do sigilo dos dados acima mencionados^[70].

⁶⁹. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1997, p. 121.

⁷⁰. SOUZA, Marcos Antonio Cardoso de. **Informações sigilosas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=191. Acesso em: 06/09/09.

Estabeleceu-se, assim, expressamente que a intimidade da pessoa deve ser protegida, inclusive sua privacidade de comunicação através dos diversos meios, dentre os quais, os telefônicos.

Não é por menos que a Professora Ada Pellegrini Grinover^[71], a despeito dessas exceções e equívocos deixados pelo legislador Constituinte quando da redação dada ao inciso XII, do art. 5º, CF/88, afirma de forma contundente que:

Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal”, limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário. (...) No meu sentir, a redação restritiva do inciso XX do art. 5º da Constituição é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo. (...) resta saber se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas infraconstitucionais, do mesmo modo parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos).

⁷¹. GRINOVER, Ada Pellegrini. “**O regime brasileiro das interceptações telefônicas**”. Revista de Direito Administrativo, 1997. n. 207, p. 21.

Na mesma esteira, queda-se o posicionamento do Professor Luiz Flávio Gomes ^[72], que ao tecer comentários acerca da origem e da *ratio legis* da Lei 9.296/96, assim leciona:

Como se percebe, garantiu-se como regra o direito à intimidade (ao sigilo das comunicações telefônicas), mas ao mesmo tempo abriu-se a possibilidade (de modo explícito) de uma lei regulamentadora, conformadora ou limitadora do direito constitucional em questão. Estamos, como se nota, diante de uma “reserva de lei”, mais precisamente frente a uma “reserva legal qualificada”, porque já no texto maior acham-se presentes alguns requisitos mínimos que compulsoriamente deveriam ser contemplados pelo legislador infraconstitucional.

Não há como negar que existem certas manifestações da pessoa que se destinam a permanecer inacessíveis ao conhecimento alheio, ou acessíveis a um grupo reduzido de pessoas, a quem o sujeito permita tal comunicação ^[73].

Sobre os progressos tecnológicos, especialmente na área de telefonia, Luiz Torquato Avolio ^[74]. Diz que: “O emprego de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas é, atualmente, bastante comum e difundido. Devido aos progressos da tecnologia, são, na prática, acessíveis não apenas às autoridades públicas, mas também ao homem comum”.

⁷². GOMES, op. cit., p. 84.

⁷³. FREGADOLLE, Luciana. **Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 87.

⁷⁴. AVOLIO, op. cit., p.90.

4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Um dos assuntos mais corriqueiros no meio jurídico sobre a obtenção ilícita da prova diz respeito à interceptação telefônica. É difícil tratar sobre a prova ilícita sem mencionar e analisar a modalidade probatória mais questionada, qual seja a interceptação telefônica. Indubitavelmente, a grande maioria dos julgados sobre a matéria versa sobre o denominado “Grampo” telefônico.

4.1 Conceito

As interceptações podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas – quer para impedi-las – com consequência penais quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo^[75].

Não é possível confundir a interceptação telefônica, em sentido estrito, com a escuta telefônica e a gravação clandestina de conversas telefônicas. Nesta, conforme já aduzido ocorre o registro de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem o conhecimento e consentimento do outro participante, sem a intervenção de terceiros.

Na interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática conforme Grinover *et al.*, mostra que:

“A informática tem por objetivo o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados. A telemática versa sobre a manipulação e utilização de informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação: é o caso de transmissão de dados informatizados via modem ou fac-smile”^[76].

⁷⁵. AVOLIO, op. cit., p.91.

⁷⁶. GRINOVER, Ada P. FERNANDES, Antonio, Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “**As nulidades no Processo Penal**”. São Paulo: RT; 6ª edição. 1998.p.180-181

Surge daí a necessidade de diferenciação entre os institutos da interceptação telefônica, da escuta telefônica, e da gravação clandestina, os quais, com freqüência, são tratados na doutrina e na jurisprudência com enorme imprecisão, a despeito do fato de que, em virtude de suas diferenças substanciais, apresentam disciplinas legais diversas.

As interceptações telefônicas, uma vez legalmente disciplinadas e efetuadas com obediência aos requisitos impostos no ordenamento jurídico, são aceitas como provas lícitas, sendo admissível seu resultado como fonte de prova no processo ^[77].

Qualquer interceptação pressupõe, necessariamente, três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversação sem o consentimento daqueles ou com o consentimento de um deles. Caso o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, dá-se a interceptação telefônica, diferentemente de quando a captação é feita pelo terceiro por meio de um gravador, caracterizando a interceptação entre presentes, também conhecida como interceptação ambiental.

⁷⁷. MENDOÇA, André Luiz Nossa. **Das provas obtidas por meios ilícitos: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**. Faculdade Pernambucana do Ensino Superior – FAPE. Recife/PE 2006. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=771. Acesso em: 20/09/2009.

4.2 Interceptação Ambiental e Escuta Ambiental

Interceptação Ambiental como a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer tipo de gravação, distingue ainda: se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito, se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental^[78].

Não existe autorização legal para tais interceptações. Logo, por falta de lei, não valem como prova, salvo em benefício de um acusado, para provar a sua inocência.

São provas que violam o artigo 5º inciso X^[79] da Constituição Federal, que assegura o direito à privacidade e intimidade. Sendo ilícitas e por consequência, inadmissíveis no processo.

⁷⁸. GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Rául. **Interceptação telefônica**. São Paulo: RT, 1997.

⁷⁹. **CF/88** Artigo 5º Inciso X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. VADE MECUM op. cit., p 08.

4.3 Escuta Telefônica

Existe uma sutil distinção entre interceptação e escuta telefônica. Tratando-se de espécie do gênero interceptação telefônica, a escuta telefônica consiste na captação da conversa pelo interceptador quanto um interlocutores tem conhecimento da interceptação. A doutrina em geral trata como interceptação “*stricto sensu*” a execução da captação à revelia de ambos os interlocutores, sendo que, no caso em que a interceptação é consentida por um deles, faz-se menção à escuta telefônica ^[80].

Conclui-se que escuta telefônica é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores.

Apesar de tal distinção, não descaracteriza a natureza de interceptação, ambas estão contempladas na referida lei.

⁸⁰. GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE, Antônio Fernandes e GOMES Filho, Antônio Magalhães. Em “**Nulidades no Processo Penal**”, de Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., 1997, pp. 175, descreve-se as modalidades de captação eletrônica de provas, quais sejam: “a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o consentimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).”

4.4 Gravações Clandestinas

Na gravação clandestina ou ilícita há só dois comunicadores, sendo que um deles grava a própria conversa com o outro, telefônica ou não, sem o conhecimento de seu interlocutor. Trata-se de gravação de conversa própria, que, embora não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII^[81], da CF), relaciona-se com a proteção à intimidade (art. 5º, inciso X^[82], da CF).

As gravações telefônicas (que consistem na captação da comunicação telefônica feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro), estão fora da disciplina jurídica da lei 9.296/96. Isso significa dizer que, no Brasil, não existe lei admitindo-as. Daí o fato de a doutrina falar em gravações clandestinas. A expressão genérica “gravações clandestinas”, abrange tanto a telefônica (quando se grava uma comunicação telefônica própria) quanto à ambiental (quando se grava uma conversação entre pessoas presentes, clandestinamente, isto é, sem o conhecimento do interlocutor).

Ambas não possuem disciplina jurídica própria entre nós, configuram violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que assegura o direito à privacidade e intimidade, conforme mencionado acima.

^{81.} **CF/88**, Art 5º XII, op. Cit.,.

^{82.} **CF/88**, Art 5º X, op. Cit.,.

O art. 1º da Lei n.º 9.296/96, de 24 de julho de 1996, afirma que a lei aplica-se à “*interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza*”, frisando-se que, em razão da própria etimologia da palavra (*interceptio +ar*), interceptar quer dizer interromper no seu curso, reter ou deter o que era destinado a outrem ^[83].

Assegura Luiz Flávio Gomes, que não é crime gravar clandestinamente uma comunicação ou uma conversa própria, o ato de gravar, não configura um ilícito penal, mas sem sombra de dúvida já configura uma violação à intimidade alheia. Por isso, em regra não se pode divulgar o conteúdo da gravação ^[84].

A divulgação indevida configura o delito previsto no artigo 153^[85], do Código Penal. Quem divulga, sem justa causa, o conteúdo de uma gravação clandestina, está praticando um ilícito penal. E se existe justa causa (divulgação para salvaguardar um direito fundamental relevante, como a vida, a integridade física).

Em princípio, as gravações clandestinas não valeriam como provas, pois configuram provas ilícitas na sua colheita, na sua origem. Logo, sendo provas ilícitas, são inadmissíveis no processo. Como provas incriminatórias jamais podem ser admitidas. A única ressalva doutrinariamente admitida consiste na utilização dessa prova ilícita em benefício do réu, isso se faz em razão do princípio da proporcionalidade.

^{83.} **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p.291.

^{84.} GOMES, op. cit.,

^{85.} **CP/ Artigo 153.** – “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”. VADE MECUM op. cit., p 564.

Ada Pelegrini Grinover entende que “tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas; serão lícitas quando obedecerem às prescrições constitucionais e legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos. Neste último caso, seu resultado será processualmente inadmissível e ineficaz”^[86].

No mesmo sentido, Vicente Greco, diz que “o seu aproveitamento como prova, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. Se considerar que a obtenção foi ilícita não poderá valer como prova”^[87].

Parte da doutrina aduz que a aplicação da Lei n.º 9.296/96 restringe-se à interceptação telefônica “*stricto sensu*”, ou seja, às interceptações executadas com desconhecimento de ambos os interlocutores. Argumenta-se que tanto a escuta telefônica quanto a gravação clandestina estariam desacobertas pela previsão constitucional, sendo que no projeto original da lei previa-se a disciplina dessas situações^[88], o que restou superado na edição da norma. Neste sentido manifesta-se Vicente Greco Filho, discorrendo que:

^{86.} GRINOVER, op. cit.,

^{87.} GRECO, Filho Vicente, **Interceptação Telefônica** (Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996), Saraiva, SP, 1996, p. 5.

^{88.} **Art. 12 do Projeto de Lei n.º 3.514/89**; o Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Miro Teixeira cuidava expressamente das gravações clandestinas, asseverando a licitude da produção de prova obtida por este expediente, restringindo sua utilização para proteção do direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa.

A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua ilicitude, bem como a prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal)^[89].

Divergindo do entendimento esposado acima, atualmente, a maioria da doutrina argumenta que: limitar as interceptações telefônicas às situações em que ambos os interlocutores desconhecem a captação realizada é restrição indevida à norma constitucional. Conforme discorrido, a escuta telefônica é espécie de interceptação, na qual, uma vez observados os fins constitucionais pertinentes à sua concessão, a normatização legal sobre o tema e, antes de tudo, a chancela do judiciário, não se justifica um tratamento diverso do concedido à interceptação *“stricto sensu”*. Leciona neste sentido Luiz Flávio Gomes, em excelente obra sobre a matéria, exemplificando o tema no sentido de que:

(...) tanto pode o Juiz autorizar uma “interceptação” para descobrir prova num caso de tráfico de entorpecentes (e nesse caso tornar-se-ão conhecidas as comunicações telefônicas seja do suspeito, seja do outro comunicador), como pode permitir uma “escuta” num caso de seqüestro em que a família da vítima, obviamente, está sabendo da captação da comunicação. Não é porque um dos comunicadores sabe da ingerência alheia autorizada judicialmente que a lei deixa de ter incidência^[90].

⁸⁹. GRECO, op. cit.,

⁹⁰. GOMES, Luiz Flavio e CERIRNI, Raul. **Interceptação Telefônica – Lei 9.296/96**, Revista dos Tribunais, 1997, p. 97.

4.5 Evolução do Ordenamento Jurídico “Interceptação Telefônica”.

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentando o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Paralelamente, estava em vigor o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62^[91], que dispunha:

Art. 57 Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;II - O conhecimento dado:a) ao destinatário de telecomunicação ou a seu representante legal;b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.

A norma constitucional veda expressamente, como regra, a interceptação de comunicações telefônicas, ressalvadas as hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Note-se que o artigo sob comento restringiu a possibilidade de utilização do procedimento interceptatório à esfera penal, tanto na fase da investigação criminal como no curso da ação penal.

⁹¹. Lei nº4. 117 de 27 de agosto de 1962. Disponível em: www.wisetel.com.br/acoesdegoverno/leisdedecreto. Acesso em: 20/08/2009.

Porém, mais uma vez ocorreu divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à recepção pelo Código de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62^[92], única lei que tratava na época da interceptação telefônica, ou pela necessidade de nova legislação regulamentadora do artigo 5º, XII, da Constituição Federal.

Prevaleceu, na doutrina brasileira, de forma majoritária, o segundo entendimento, qual seja, de que o dispositivo constitucional em análise não é auto-aplicável e não recepcionou as normas atinentes à interceptação telefônica constantes do Código de Telecomunicações, necessitando de nova lei que regulamente a matéria ^[93].

A lei disciplinadora da matéria ainda não foi editada (...). Enquanto a aludida lei não for promulgada, somente existem, para disciplinar legalmente a matéria, os dispositivos do Código de Telecomunicações. Todavia, como visto, essa lei não cuida das hipóteses a que alude o inc. XII do artigo 5º da Constituição, limitando-se, quanto à forma, a prescrever que a operação técnica deve ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais ^[94].

^{92.} Ibid

^{93.} PENTRY, Vinicius Daniel. **A prova ilícita.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 20/08/2009.

^{94.} Ibid.

Assim, não se pode dizer que o Código de Telecomunicações supra a exigência constitucional. Enquanto não for promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações e escutas telefônicas, não há base legal para a autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas serão ilícitas, subsumindo-se à espécie do inc. LVI^[95] do artigo 5º da Constituição “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Logo, por força de preceito constitucional, são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial, administrativo, todas as provas cuja obtenção tenha origem um meio ilícito.

Como se percebe, garantiu-se como regra o direito à intimidade (ao sigilo das comunicações telefônicas), mas ao mesmo tempo abriu a possibilidade de uma lei regulamentadora, conformadora ou limitadora do direito constitucional em questão.

Era indispensável essa lei para tentar coibir tantos abusos nesse campo que se podia constatar cotidianamente. A interceptação telefônica, no Brasil, tem muita história. Não como um meio probatório lícito e legítimo, disciplinado pelo ordenamento jurídico e instrumento valioso para a própria preservação do Estado Constitucional e Democrático de Direito, senão, sobretudo como uma forma reprovável de invasão à privacidade alheia. Porque respeitar a privacidade alheia é reverenciar a dignidade do ser humano^[96].

^{95.} **CF/88** Artigo 5º inciso LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. VADE MECUM op. cit., p 10.

^{96.} CREMONEZI, Heloisa. **Provas Ilícitas: Interceptação telefônica e a Constitucionalidade do Parágrafo Único do Artigo 1º da Lei 9296/96**. Faculdade Integrada “Antonio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente. Novembro/2002. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista..> Acesso em 20/08/2009.

Essa lei já vinha sendo reivindicada há anos. Cuidava-se, particularmente a partir de 1988, de omissão legislativa abominável. Além de marginalizar nosso ordenamento jurídico frente ao direito comparado, de um lado, estava causando sérios transtornos para a atividade de investigação, perseguição e punição dos crimes, particularmente de outro, deixava fora de qualquer tutela importantes aspectos do direito fundamental da privacidade. Tornou-se premente e inadiável, como se sabe, um estatuto jurídico específico para as interceptações telefônicas.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema constitucional brasileiro vedava, aparentemente, de maneira absoluta, a captação de comunicações telefônicas.

A interceptação telefônica era tratada pelo Código de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, e em seu artigo 57, inciso II^[97], letra “e”, dispunha que não se configura violação de telecomunicações o conhecimento dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Ademais, o artigo 56, § 2º^[98], do mesmo texto legal, aduzia que a operação técnica de interceptação deveria ser feita pelos serviços das estações e postos oficiais^[99].

^{97.} **Lei nº4.117 de 27 de Agosto de 1962. Art. 57** - Não constitui violação de telecomunicação: Inciso “II - o conhecimento dado: a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação; c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo; d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários; e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”.

^{98.} **Art. 56** - Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. § 2º - Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação.

^{99.} SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas** 2.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002. p. 53.

Juristas defendiam que a norma constitucional sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas não poderia ser considerada de forma absoluta, tendo em vista a necessidade de interpretação sistemática, onde nenhum direito ou garantia torna-se regra absoluta. Quem estuda com alto primor técnico a matéria atinente a interceptação telefônica, foi Ada Pellegrini Grinover, quem partiu da premissa de que a liberdade de comunicação é espécie de liberdade de manifestação de pensamento, enquanto o sigilo é expressão do direito à intimidade. Esclareceu que a tutela desse direito concretiza-se seja pela “proteção do segredo”(ninguém pode ter conhecimento ou controle de uma comunicação), seja pela “proteção da reserva” (que impede a divulgação abusiva daquilo que se conheceu lícitamente). Outro ponto abordado no trabalho da emérita processualista consistiu no reconhecimento da natureza “relativa” do direito ao sigilo nas comunicações telefônicas; concluindo que somente de maneira aparentemente absoluta é que foi contemplado esse sigilo; logo, é um direito sujeito a exceções, restrições. Essa sua postura doutrinária, embora não fosse a única, era o que prevalecia e a prova podia, assim, ser lícita ou ilícita. Importante ressaltar que, mesmo para esses doutrinadores, as exceções legais deveriam ter autorização judicial motivada, observância da ocorrência de crimes graves e a presença dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* ^[100].

¹⁰⁰. GRINOVER, Ada Pellegrini; *apud* GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação Telefônica: Lei 9296/96**. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais.1997. p.86/87.

A norma constitucional veda expressamente, como regra, a interceptação de comunicações telefônicas, ressalvadas as hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Porém entre outros um anteprojeto que modifica a Lei de Interceptações Telefônicas, foi enviado para o Congresso onde o texto final, que está na Casa Civil praticamente concluído, prevê que os grampos só podem durar 360 dias e somente em casos excepcionais esse prazo poderá ser estendido^[101].

Seguindo assim o ordenamento referente à interceptação telefônica poderá sofrer algumas modificações futuras, mas podemos dizer que a realização da interceptação telefônica obedeça aos ditames estabelecidos na lei 9.296/96.

¹⁰¹. **Projeto 3.272**. Disponível em: www.conjur.com.br/Projeto_3.272. Acesso: 30/07/09.

4.6 Transcrição de Gravações

A utilização de gravações de conversas por meio de interceptações telefônicas, de acordo com a Lei 9296/96, ou mesmo de gravações clandestinas, ambientais ou realizadas com a anuência dos interlocutores torna-se cada vez mais comum nos inquéritos policiais e nos processos penais.

Ocorre que o desenvolvimento tecnológico possibilita uma crescente facilitação do emprego dessa espécie de meio de prova e o legislador procura adaptar-se às inovações e novas perspectivas, ajustando-as à legalidade e à constitucionalidade de forma objetiva e proporcional.

Nesse passo, a Lei 9296/96, diploma legal mais próximo do tratamento desse meio de prova, determina a transcrição das gravações obtidas a fim de propiciar uma documentação formal do teor dos diálogos (artigo 6º., § 1º¹⁰²., da Lei 9296/96).

¹⁰² **Lei 9296/96**-Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. § 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

Quando se define a transcrição como "prova pericial", sua produção deve reger-se de acordo como o Título VII (Da Prova), Capítulo II (Do exame de corpo de delito e das perícias em geral), artigos 158 a 184^[103], CPP. E, acaso tais regras não sejam seguidas à risca, ensejar-se-á a ilicitude ou, no mínimo, a ilegitimidade da prova, o que a tornará nula e inadmissível no processo (artigo 5º., LVI^[104], CF). De outra banda, com as mesmas conseqüências, acaso se a defina como "prova documental", deverão ser obedecidos os mandamentos do mesmo Título, mas agora referentes ao Capítulo IX (Dos documentos), artigos 231 a 238, CPP^[105].

Têm sido comuns basicamente dois procedimentos quanto à transcrição das gravações:

a) O encaminhamento das fitas ou CDs com as gravações respectivas ao Instituto de Criminalística, requisitando-se a transcrição em laudo pericial;

b) A transcrição dos diálogos formalizada diretamente pela Autoridade Policial ou, mais comumente, por um policial por ela indicado, independentemente do concurso do Instituto de Criminalística para tal fim^[106].

^{103.} **CF/88** Art. 158 a 184. http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf.

^{104.} **CF/88** Art. 5º - LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

^{105.} **CF/88** Art. 231 a 238. http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf.

^{106.} CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Macial. **Transcrições de Gravações**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11255>. Acesso 30/09/2009.

Resta bastante nítido que, no primeiro caso, procede-se tendo em mente a natureza de "prova pericial" da transcrição e no segundo sua natureza "documental". Ocorre que, se realmente a natureza jurídica da transcrição for de "prova documental", não haverá prejuízo algum em que seja levada a efeito por dois peritos oficiais ou mesmo nomeados. Nesse caso, estar-se-ia obrando com zelo e formalidades acima das exigidas legalmente e, como ensina o velho brocardo latino, "quod abundant non nocet"^[107]. Entretanto, se a verdadeira natureza jurídica da transcrição for de "prova pericial", no segundo caso estarão faltando relevantes formalidades, o que pode conduzir à ilegalidade probatória^[108].

^{107.} "O que excede não prejudica".

^{108.} CABETTE, op. cit.,

4.7 Natureza Jurídica das Transcrições

Observando-se atentamente os conceitos de "perícia" e "documento" expostos nos itens anteriores, resta claro que a transcrição de gravações no processo penal aproxima-se muito mais da prova documental do que da prova pericial. Dessa forma, são legítimos os procedimentos nos quais as transcrições são levadas a efeito diretamente por policiais sem o concurso de peritos do Instituto de Criminalística.

É claro que também não é inválida a iniciativa adotada por alguns de valer-se dos peritos para o trabalho de transcrição, embora isso não seja imprescindível para a legalidade da prova^[109].

O trabalho de ouvir uma gravação e transcrever atentamente seu teor não requer conhecimentos especializados, podendo ser perfeitamente executado por qualquer pessoa dotada do sentido da audição e alfabetizada. E, como visto, a prova pericial caracteriza-se pela necessidade do concurso de pessoas dotadas de especiais conhecimentos^[110]

A própria Lei 9296/96, em seu artigo 6º., § 1º., ao determinar a transcrição das gravações, não menciona tratar-se de exame pericial ou que deva ser realizada necessariamente por peritos ou "experts".

^{109.} CABETTE, op, cit.,

^{110.} Ibid.

Na verdade trata-se de procedimento em que se "documentam" as gravações obtidas, consistindo na reprodução do que foi dito no telefone, para o papel^[111].

O que o legislador previu no dispositivo foi o revestimento do resultado da interceptação de forma documental, sendo fato que a própria "gravação, de por si, já constitui documento"^[112]. Como aduz Luiz Flávio Gomes, "a gravação é o resultado de uma operação técnica (captação da comunicação). Mais precisamente, é a documentação da fonte de prova. Fonte de prova é a comunicação. A gravação atesta a existência dessa fonte, mas não é, por si só, meio de prova. O meio de prova (documental) é a transcrição, porque é ela que 'fixa a prova em juízo'". Tanto isso é verdadeiro, que esse não é o único meio de fixar a prova da gravação em juízo, o que pode também ser feito por via da "prova testemunhal"^[113].

¹¹¹. CABETTE, op. cit., p. 161.

¹¹². GRINOVER, op. cit., p. 143.

¹¹³. GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: RT, 1997, p. 222. No mesmo sentido: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Op. Cit., p. 160.

Note-se que, seja como "prova documental", seja como "prova testemunhal", a fixação das gravações em juízo prescinde de conhecimentos técnicos especializados, consistindo tão somente na documentação escrita ou narração oral daquilo que foi captado e ouvido durante as diligências, descaracterizando-se o requisito da especialização inerente ao conceito de "prova pericial". Como bem adverte Paiva, a prova "literal ou documental" nada mais é senão "uma asserção exprimida pelos caracteres visíveis e permanentes da linguagem", de modo que não passa da "prova oral exposta por outra forma e dirigida a outro sentido" ^[114].

Observe-se que mesmo o documento que retrata apenas indiretamente uma idéia, um sentimento, um fato etc., prescinde, normalmente, de conhecimentos especializados para sua constatação e interpretação. O documento já constitui, em si, a prova, prescindindo de perícia, a não ser que se questione sua autenticidade. Caso contrário, exprime-se sozinho, sem necessidade da intermediação de "experts", exames, laudos etc.

¹¹⁴. PAIVA, José da Cunha Navarro. **Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal**. Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2004, p. 287.

As gravações em bases magnéticas e informáticas são documentos modernos e exprimem-se por si mesmas de forma direta, independentemente o Juiz e os demais sujeitos processuais da intermediação de peritos para tomarem contato com seu teor. Assim sendo, a transcrição não é perícia, mas diligência de produção de prova documental, que pode ser executada sim pelo Instituto de Criminalística, mas que pode, sem qualquer prejuízo, ser levada a efeito por policiais. O concurso de peritos somente será imprescindível para a realização de exames que demandem conhecimentos técnicos especializados, como por exemplo, casos de aferição de autenticidade das gravações, presença de cortes ou inclusões nos diálogos, montagens de conversas, análise espectrográfica da voz, dentre outros^[115].

¹¹⁵. CABETTE, op. cit.,

O tema das interceptações telefônicas é tão nevrálgico, tão complexo, tão em voga, que recentemente, como ápice dos descontentamentos no uso indiscriminado das escutas, o próprio Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. Gilmar Mendes, no mês de junho/2008, suscitou enfaticamente sobre a ilicitude e o mau uso do instituto.

De acordo com Alberto Germano ^[116], a Corregedoria-Geral da Justiça (CGJ) promoveu a implantação de serviço de degravação digital de audiências em todo o Estado. A ferramenta já está disponível em 253 Varas e Juizados Cíveis e Criminais, sendo 233 no Interior e 20 na Capital. A sistemática utiliza-se do *software* denominado Sistema Process & Store Soud (PSS), da Kenta

O PSS é usado em microcomputador, na sala de audiência, por servidores que realizam a gravação da sessão. O programa também é instalado em outra máquina para a degravação, ou seja, a transcrição propriamente dita da audiência, feita por estagiários.

Em síntese, após a gravação da audiência, o arquivo de som que foi gerado é enviado para a rede e estará à disposição do degravador, que irá acessá-lo em outro microcomputador e procederá a sua transcrição para a linguagem escrita.

¹¹⁶. GERMANO, Alberto. **Polêmicas processuais das Interceptações Telefônicas** (“grampo telefônico”). Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/38745>. Acesso em 24/10/2009.

Trata-se de um exemplo clássico de respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, já que as partes e os interessados têm o direito de conhecer todas as circunstâncias, fatos e provas sobre a qual se fundamenta a denúncia.

Realizadas as interceptações telefônicas, deflagradas as operações policiais de prisão e busca e apreensão de documentos, somente após o oferecimento da denúncia é que o Poder Judiciário disponibiliza à defesa os arquivos de áudio e mídias, defesa que, via de regra, tem prazo de poucos dias para ouvir milhares de horas de escutas telefônicas^[117].

Os arquivos de áudios e mídias, via de regra, são enviadas ao Poder Judiciário e às defesas com trechos selecionados, pinçados e escolhidos com os trechos de conversas que interessam à acusação.

A integralidade das escutas, portanto, e o contexto em que se deram as conversas, não é disponibilizada. Argumenta a autoridade policial que promover a degravação das escutas demandaria tanto ou mais tempo que duraram as escutas, inviabilizando a persecução penal e a punição dos culpados^[118].

Daí porque ser lícito concluir que é dever da autoridade policial confeccionar, e direito do acusado receber, a transcrição integral das conversas interceptadas, pois a manipulação dos diálogos por agentes policiais contamina a prova.

^{117.} Ibid.

^{118.} Ibid.

Uma vez que em nosso entendimento, a transcrição integral não é imprescindível.

O cerne da questão encontra-se nos parágrafos 1º e 2º do art. 6º ^[119] da lei 9296/96, *in verbis*:

"Art. 6º- (...)

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

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

Em uma interpretação puramente gramatical do § 1º do referido artigo poderíamos chegar a supor a imprescindibilidade da transcrição integral, contudo tal entendimento sucumbe diante de uma análise mais profunda. Cabe ao intérprete da lei muito mais que meramente empregar as normas gramaticais para aplicar o direito ao caso concreto. Deve, pois, buscar o espírito da lei, sob pena de cometer injustiças ^[120].

A interceptação telefônica ocorresse no curso da investigação criminal, o momento da ciência do acusado sobre a existência da referida medida cautelar seria o do oferecimento da denúncia já que, durante o inquérito, o procedimento é inquisitivo.

¹¹⁹. Lei 9296/96, art. 6º § 1º e 2º, op. cit.,

¹²⁰. PORCINO, Wellington Clay. **Sobre a dispensabilidade da transcrição integral dos diálogos em uma interceptação telefônica.** Elaborado em Setembro de 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6332>. Acesso em: 24/10/2009.

O objetivo do parágrafo 1º do art 6º da lei de regência é assegurar o respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, permitindo que o acusado tenha acesso a todo o material obtido por intermédio da medida cautelar em análise tornando possível, desta maneira, que sua defesa técnica possa executar plenamente seu mister^[121].

O direito de defesa poderá ser perfeitamente exercido se forem disponibilizados à defesa, em meio magnético, todo o conteúdo. E estará sendo exercido de forma mais eficiente, uma vez que a gravação em áudio permite reconhecer o tom de voz em uma conversa interceptada, o que possibilita que se distinga uma ironia ou simples brincadeira, que podem mudar completamente o sentido de uma frase. Observe-se que a transcrição, da forma que hodiernamente é feita, somente a letra fria no papel, não é capaz de captar estas nuances da linguagem falada.

Um aspecto que a prática do trabalho policial nos permite conhecer é que somente uma pequena parte dos diálogos interceptados diz respeito aos fatos sob investigação. Em sua imensa maioria as gravações se referem a conversas normais do cotidiano, como as realizadas entre pais e filhos, marido e mulher, etc.

^{121.} Ibid.

A transcrição destes trechos, além de caracterizar uma invasão desnecessária na privacidade dos investigados, representa uma clara ofensa ao princípio da economia processual, já que o trabalho de transcrição integral exige uma grande quantidade de pessoal e de tempo para ser concluído, gerando, também, um imenso volume de documentos sem qualquer relevância para o processo.

Esta excessiva burocratização gerada pela exigência da transcrição integral desatende, ainda, ao princípio da instrumentalidade das formas, já que é possível atender à ampla defesa e ao contraditório somente com o áudio das interceptações.

Não haveria no caso concreto qualquer prejuízo à defesa se ao invés da transcrição integral, fosse disponibilizado o áudio das gravações em meio magnético. Existe, neste mesmo sentido, jurisprudência do STJ:

"(...) II - Não obstante, in casu, tenha sido indeferido o pleito de degravação das conversas telefônicas, é de se observar que, por outro lado, possibilitou-se o acesso da defesa ao seu conteúdo durante a instrução processual, podendo o acusado, como de fato o fez, defender-se da prova que contra si fora produzida.

III - Violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório não caracterizada.(...) ^[122].

Os parágrafos mencionados vieram assegurar o acesso da defesa ao conteúdo dos diálogos interceptados, e não exigir da polícia judiciária a transcrição integral de toda interceptação, sob pena de tornar inexecutível o procedimento de interceptação, diante da dificuldade prática de se efetuar este serviço.

¹²² (DJ 15.12.2003 p.00340, STJ, 5ª Turma)."

4.8 Procedimento de Interceptação Telefônica

Poderão requerer a diligência: autoridade policial civil ou militar, representante do Ministério Público, ou mesmo ordenada "ex officio". Nos casos de crime de ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal poderão requerer. A queixa, representação ou simples requerimento para a instauração de inquérito policial são suficientes para se legitimar, por exemplo, ao Ministério Público nos crimes de ação penal privada. A requisição deverá ser encaminhada ao juízo competente da ação principal, seja em razão da matéria ou da hierarquia^[123].

Deferida a requisição, a interceptação será mantida em segredo de justiça e atuada em apenso aos autos de inquérito policial ou de processo criminal. O auto de interceptação conterá todos os atos realizados, de que forma foram feitos e a transcrição da gravação. A estes elementos só terão acesso: o juiz, os auxiliares da justiça, o Ministério Público, as partes e seus procuradores^[124].

¹²³ COELHO, Luis Alberto Carlucci. **Aspectos da Lei de Interceptação Telefônica**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 20/09/2009.

¹²⁴ Ibid.

A competência para deferir a medida (juiz competente para a ação principal) é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta. Tem sido admitida, por força da lei de organização judiciária estadual, em comarcas complexas, a existência de juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia, como a concessão da fiança, o relaxamento do flagrante e o *habeas corpus* contra a autoridade policial, as quais também tornariam prevento o juízo da ação principal nos termos do Código de Processo Penal e da orientação jurisprudencial dominante [125].

Segundo Greco Filho, o procedimento de interceptação que só pode ser determinado por meio de autorização judicial (conf. *caput* do art. 3º da lei de interceptação telefônica) “é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris e periculum in mora*” [126].

Segundo ainda Greco, a providência pode ser determinada para a investigação criminal até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal, e a competência para deferir a medida (juiz competente para a ação principal) é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta [127].

¹²⁵. GRECO, Filho, Vicente. **Interceptação Telefônica sobre a Lei n.9.296/ de 24 de Julho de 1996**. 2. Ed. Rev. Atual e ampl. São Paulo. Saraiva 2005. p. 46 e 47.

¹²⁶. GRECO, op. cit., p.45

¹²⁷. *Ibid.*

Cumpre-me destacar os requisitos impostos pela própria norma constitucional. O dispositivo multi-referido consigna que, necessariamente, a escuta telefônica deverá ser objeto de ordem judicial. É, pois, imperioso, que a autoridade responsável pela colheita da prova em tela solicite ao magistrado competente na espécie a autorização para a realização da diligência ou que o mesmo, diante do contexto identificado, de ofício, a determine.

Apenas é permitida a adoção de tal expediente para o exercício da investigação policial ou para a instrução criminal. Assim, é incabível postular a escuta em análise para outras finalidades. É impertinente, por exemplo, o uso da mesma por ocasião da instrução processual civil. Note-se que a norma se refere à investigação, não se exigindo, portanto, que já tenha sido instaurado o competente inquérito policial^[128].

Outros requisitos estão impostos na Lei nº 9.296/96. O art. 1º, do mencionado diploma, consigna que a escuta telefônica dependerá de ordem judicial (que deve ser prévia, senão se descaracteriza como ordem), sob sigilo de justiça. Esta cautela se justifica, por um lado, para proteger a intimidade das pessoas envolvidas, assegurada constitucionalmente, e, por outro, para que o vazamento das informações não venha a prejudicar a própria apuração dos fatos.

¹²⁸. SIQUEIRA, FILHO Élio Wanderley. **Aspectos Relevantes da Escuta Telefônica**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>. Acesso: 10/10/2009.

A interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal^[129].

O art. 2º, da Lei em exame, elenca 03 (três) situações nas quais é vedada a interceptação de comunicações prevista na mesma. Primeiramente, é indispensável que estejam presentes indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. É fundamental, pois, que determinados elementos deixem transparecer uma razoável suspeita de que alguém tenha colaborado com a tentativa ou a prática delituosa, como autor ou partícipe, e a escuta seja exigida pelas circunstâncias, a fim de elucidar a verdade material. É lógico que não se exige a certeza, mas a simples presença de indícios.

A segunda hipótese descrita consiste na situação em que a prova pode ser obtida por outros meios disponíveis. É claro que, se há condições de descobrir a verdade material, sem precisar lançar mão da escuta, a mesma não deve ser utilizada, considerando a sua óbvia excepcionalidade. Mas, ao meu pensar, esta regra não exclui a possibilidade de se recorrer ao expediente em tela, a título complementar, quando os outros meios de prova não esclarecem, em plenitude, os fatos objeto da investigação ou da instrução criminal. Em contrapartida, se os outros meios oferecem condições para uma bem sucedida apuração integral dos fatos, é vedada a adoção da escuta telefônica.

¹²⁹. GRECO, op. cit.,

Finalmente, também não é possível a interceptação quando o fato investigado constituir, em tese, infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Aqui, analisa-se, de forma abstrata, evidentemente, a gravidade do delito atribuído a alguém, viabilizando o emprego da escuta tão-somente quando se trata de crime punido com pena de reclusão, "a contrario sensu". Deste modo, infrações punidas com pena de detenção, sendo, pois, por decisão política dos responsáveis pela tipificação de condutas, consideradas menos graves, estão fora do alcance do diploma em apreciação. Partindo do pressuposto de que as contravenções são infrações de menor reprovabilidade e menos severamente sancionadas, apenas sendo admitida a privação de liberdade, em prisão simples, há que se compreender como também excluídas do alcance da Lei.

A interceptação, portanto, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois daquele instaurado. Nessa segunda hipótese surgirá a indagação a respeito da ciência ao réu em virtude o contraditório e da ampla defesa. Mas, como é notório, a interceptação somente pode ser sigilosa, sem conhecimento do réu; caso contrário, seria inútil. O contraditório, no caso, dar-se-á *a posteriori*, mediante a possibilidade de ser a prova contraditada, impugnada e discutida antes da sentença^[130].

¹³⁰. MELO, Natalia Assis, **Interceptação Telefônica**. UFPE. Advogada em Recife/PE. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/4348/3919>. Acesso em 10/10/2009.

Em qualquer caso (determinação de ofício ou a requerimento) deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada^[131].

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

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

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido^[132].

O pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade e dos pressupostos de sua licitude, com a indicação dos meios a serem empregados.

¹³¹. GRECO, op. cit., p.48.

¹³². **Lei nº 9.296/96**, de 24 de julho de 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso: 25/07/09.

No sistema do Código Brasileiro de Telecomunicações, a quebra de sigilo telefônico era prerrogativa da companhia concessionária do serviço público, ao passo que, no sistema da Lei nº 9.296, art. 7º^[133], a autoridade poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias, significando que poderá, também, realizar a diligência pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa. Se esses últimos forem os meios empregados, grave risco pode correr a intimidade das pessoas e a segurança do sigilo que deve cercar a medida, inclusive em fase de eventual responsabilização pelo crime do art. 10^[134], da Lei nº 9.296.

Para contornar o problema, ao deferir a providência, deverá o juiz determinar também a forma de execução e as cautelas que devem ser tomadas. Poderá determinar, entre outras coisas, que seja feita a interceptação exclusivamente por intermédio da concessionária de serviço público, ou caso assim não seja, que se faça a identificação precisa de todas as pessoas envolvidas na diligência e, ainda, outros cuidados que entender pertinentes para o resguardo do sigilo e responsabilidade na hipótese de sua quebra^[135].

^{133.} **Lei 9296/96** - Art. 7º “Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”.

^{134.} **Lei 9296/96** - Art. 10. “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

^{135.} MELO op, cit.

O pedido de interceptação deve, de regra, ser feito por escrito, mas, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, caso em que a concessão da autorização será condicionada à sua redução a termo. Também deverá o juiz ordenar a lavratura do termo se a interceptação for determinada de ofício, a fim de que possa cumprir o disposto no art. 8º^[136], da LEI Nº 9.296., qual seja, a formação de procedimento a ser autuado em apenso.

A decisão do magistrado, a ser tomada no prazo máximo de 24 horas, deverá obrigatoriamente ser fundamentada sob pena de nulidade e deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 5º. 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^[137].

Greco Filho explica que a lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo^[138].

^{136.} **Lei 9296/96** - Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

^{137.} **Lei 9296/96** - Art. 5º 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.

^{138.} GRECO, op. cit., p.51

Quanto à fundamentação, valem as observações feitas pela doutrina e jurisprudência quanto ao decreto de prisão preventiva, ou seja, não pode ser genérica ou apenas repetir as palavras da lei, mas deve basear-se em argumentos fáticos específicos do caso. O deferimento, ou não, da medida, não depende de audiência prévia do Ministério Público, o que, se fosse obrigatório, em caso de urgência, poderia tornar inútil a medida^[139].

Todavia, não havendo esse risco, considerando-se ser o Ministério Público o titular da ação penal e o fiscal da aplicação da lei, será de toda conveniência a sua audiência prévia, inclusive para a segurança da utilização da prova posteriormente^[140].

Quem conduz a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz, é a autoridade policial dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

¹³⁹. QUEIROZ, Júlio César Pereira. **Interceptação Telefônica Com Base Nas Investigações Criminais – Institutos e Verdades.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080107v>. Acesso: 25/07/09.

¹⁴⁰. Ibid.

Concluída a diligência, deve a autoridade encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Se a comunicação interceptada foi gravada, deverá ser transcrita, sem prejuízo de ser preservada e autenticada a fita original; se não foi, o resumo das operações deverá conter, também, sob responsabilidade de quem ouviu, o conteúdo das conversas interceptadas. Essa pessoa poderá, eventualmente, se necessário, em diligência determinada de ofício ou a requerimento das partes, ser ouvida em juízo.

Esses elementos e mais o requerimento, além da decisão que determinou a interceptação, serão autuados em apartado, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. O apartado, quando a interceptação se realizou antes da ação penal, será apensado aos autos do inquérito policial antes do relatório da autoridade, e será apensado logo antes da decisão de pronúncia ou sentença definitiva se a medida foi realizada incidentalmente à ação penal. Esses momentos têm razão de ser porque são aqueles em que a prova deve ser apreciada e levada em consideração e, também, porque fica mais seguro assim para preservar o sigilo, especialmente em face de terceiros mencionados no procedimento. O apenso, por sua vez, deve ser cercado de medidas de proteção do sigilo, tais como embalagem com lacre e outras necessárias à sua não-violação^[141].

¹⁴¹. Ibid.

O art. 9º da Lei Nº 9.296 prevê a inutilização, por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução criminal ou após esta, da gravação que não interessar à prova, sendo o incidente de inutilização assistido pelo Ministério Público, como fiscal da lei e do interesse público, sendo facultada a presença do acusado ou seu representante legal, se já instituída a figura como tal; se a inutilização for feita antes da instauração da ação penal não há que se falar em acusado. A redação categórica da lei impõe à prova deve obrigatoriamente ser inutilizada, sob pena de, eventualmente, serem responsabilizados os que se omitiram com dolo eventual, pelo crime do art. 10 da Lei Nº 9.296.

A inutilização poderá, e deverá ser parcial se parte da gravação não interessar à prova do processo, especialmente se concernente à intimidade de terceiros e deverá ser feita assim que constatado o seu desinteresse para a prova. Por outro lado, ainda que o art. 9º se refira exclusivamente à gravação, a inutilização deverá atingir também os resumos ou declarações de conteúdo da interceptação quando feita pessoalmente, sem gravação.

Da decisão que determina, ou não, em caráter definitivo a inutilização, cabe para as partes o recurso de apelação, com fundamento no art. 593, II, do Código de Processo Penal.

O terceiro, se o juiz não o determinar de ofício, pode pleitear ao juiz a inutilização dos registros ou gravação a seu respeito e, se a decisão for de indeferimento, poderá impetrar mandado de segurança contra o ato judicial para a defesa de seu direito ao sigilo e à intimidade.

A minuciosa disciplina do procedimento da interceptação leva à indagação de se o seu descumprimento inutiliza, ou não, a prova. A resposta está na distinção quanto à natureza das normas relativas o procedimento,

segundo Grego Filho, que, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, existem em função de proteção de determinado bem jurídico. Entre outros, destaca-se o próprio sigilo das comunicações telefônicas, que somente pode ser quebrado, nos estritos termos legais, em face do acusado, e esse mesmo sigilo em face de terceiros. A violação de regra do procedimento, então, pode atingir o réu ou terceiros. Se atingir a garantia do sigilo em face do réu, a consequência será a inutilização da prova, que não poderá ser utilizada em seu desfavor. Se atingir terceiros não ocorrerá a inutilização da prova, promovendo-se o sancionamento dos responsáveis, inclusive, se for o caso, pelo crime do art. 10 da Lei Nº 9.296. Haverá necessidade de apreciação de cada caso da repercussão do descumprimento da norma procedimental, observando-se sempre que a forma não existe em si mesma, mas para a tutela de um bem jurídico que, se preservado, induz à preservação do ato, ainda que irregular [142].

Em síntese, poderão requerer a diligência: autoridade policial civil ou militar, representante do Ministério Público, ou mesmo ordenada *ex officio*. Nos casos de crime de ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal poderão requerer. A queixa, representação ou simples requerimento para a instauração de inquérito policial são suficientes para se legitimar, por exemplo, ao Ministério Público nos crimes de ação penal privada.

¹⁴² GRECO, op cit., p. 57.

Finalmente, Greco Filho coloca uma questão importante: “em que momento terá o acusado ciência da prova colhida mediante a interceptação?”

Esse mesmo autor responde que “não se pode sequer cogitar de prova que não seja sujeita ao contraditório, de forma que tem o acusado o direito de contrapor-se a ela, contradita-la e fazer contraprova”. Para isso, o acusado deverá ter ciência da prova na primeira oportunidade que houver após a sua realização. Se a prova foi realizada durante o inquérito, citado o réu, já poderá o acusado ou seu defensor ter acesso à prova para preparar sua defesa; se realizada durante a instrução processual, após a instauração da ação penal, portanto, o acesso será permitido assim que encerrada a diligência. Na fase de inquérito, se o suspeito ou indiciado desejar utilizar-se de instrumento de tutela da liberdade, como, por exemplo, o *habeas corpus*, também terá direito de acesso à prova. Como já é sabido, o acesso ao apartado ou apenso pelo Ministério Público, o magistrado ou defensor deve sempre ser cercado da garantia de preservação do sigilo, inclusive para o futuro^[143].

¹⁴³. Ibid.

4.9 Prazo da Interceptação Telefônica

Tratando-se de medida cautelar e, portanto, de medida de caráter excepcional, pois já se disse alhures que a regra é o sigilo e a exceção é a interceptação o legislador estabeleceu um prazo para que a medida tenha duração: 15 dias renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (art. 5º da Lei Nº 9.296).

Primeiro, entendemos que a contagem deste prazo deve ser feita nos termos do art. 10 do CP e não do §1º do art. 798 do CPP, pois, é mais vantajoso para o investigado ou acusado incluir o dia do começo.

Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum^[144].

Art. 798 - Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado^[145].

§ 1º - Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

Segundo, a expressão usada pelo legislador (renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova) não pode levar o intérprete a pensar que só há renovação uma única vez, mas sim, que a expressão uma vez se refere à comprovada indispensabilidade do meio de prova, ou seja, desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

^{144.} **Código Penal**, Disponível em: www.amperj.org.br/stores/legislacao/codigos/cp. Acesso em: 15/08/2009.

^{145.} **Código de Processo Penal**, Disponível em: www.dji.com.br/codigos/1941. Acesso em: 15/08/2009.

Parte da doutrina entende que a renovação só pode ocorrer uma vez. Em nenhuma hipótese seria possível a interceptação por mais de trinta dias. Outra corrente adota posicionamento diferente e afirma que não há limite: quantas vezes forem necessárias.

Impõe-se buscar uma interpretação conforme a CF. As duas correntes expostas são extremadas. O meio termo foi encontrado, pensamos, na histórica decisão do STJ, rel. Min. Nilson Naves, HC 76.686-PR, j. 09.09.08, Dje 10.11.08. Nesta decisão a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça anulou quase dois anos de interceptações telefônicas no curso de investigações feitas pela Polícia Federal contra o Grupo S. do Paraná. A decisão é inédita no STJ. Até então, o Tribunal tinha apenas precedentes segundo os quais é possível prorrogar a interceptação tantas vezes quantas forem necessárias, desde que fundamentadas.

O Ministro sublinhou que o sigilo telefônico é relativo, mas só pode ser quebrado quando presentes todos os requisitos legais, destacando-se, dentre eles, os seguintes: (a) o prazo da quebra é de quinze dias; (b) a renovação só pode ser por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade da prova^[146].

¹⁴⁶ **Interceptação telefônica por dois anos é devassa à privacidade.** Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 30/07/2009.

A decisão determina ainda o retorno do processo à primeira instância da Justiça Federal para que sejam excluídas da denúncia do Ministério Público quaisquer referências a provas resultantes das escutas consideradas ilegais. O processo já tem sentença condenatória, que deve ser reavaliada pelo juízo de primeiro grau de acordo com as provas que restarem após a revisão da denúncia.

Para o relator, se há normas de opostas inspirações ideológicas, tal qual a Constituição e a lei que autoriza a escuta telefônica, a solução deve ser a favor da liberdade. “Inviolável é o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada.”

Os ministros entenderam que estender indefinidamente as prorrogações, quanto mais sem fundamentação, não é razoável, já que a Lei n. 9.296/1996 autoriza apenas uma renovação do prazo de 15 dias por igual período, sendo de 30 dias o prazo máximo para escuta.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. Precedentes: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela Polícia. Não se

pode exigir que o deferimento das prorrogações (ou renovações) seja sempre precedido da completa transcrição das conversas, sob pena de frustrar-se a rapidez na obtenção da prova. Não se faz necessária a transcrição das conversas a cada pedido de renovação da escuta telefônica, pois o que importa, para a renovação, é que o Juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações, mediante a demonstração de sua necessidade.”

Os procuradores contestam e lamentam a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou ilegal a prorrogação ilimitada do prazo de 15 dias previsto em lei para fazer interceptações telefônicas. Eles reclamam que a decisão, da 6ª Turma do STJ, jogou por terra o trabalho de três anos contra os donos do grupo Sundown, acusados de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. Durante dois anos as investigações se basearam apenas em interceptações telefônicas, autorizadas pela 2ª Vara Criminal de Curitiba (PR).

Por unanimidade, os ministros do STJ concluíram que a lei permite apenas uma prorrogação da autorização para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Pela Lei 9.296/96, a interceptação não deve ultrapassar o limite de 15 dias, sendo renovável por igual período, quando comprovada a necessidade. Além disso, a turma entendeu que as decisões que autorizaram os grampos não estavam bem fundamentadas. E que colocar uma pessoa sob escuta por dois anos não é investigação, e sim devassa.

O procurador Deltan Martinazzo Dallagnol, de 28 anos e que atua há cinco no MPF, diz que os crimes complexos demoram mesmo para serem investigados e que, quando não há outro jeito de investigar, “a interceptação tem de ser ilimitada”. Segundo ele, esta também é uma forma de comprovar a participação de outras pessoas no crime que está sendo apurado.

4.10 Prazo da Interceptação Telefônica “Projeto de Lei”

Previsto no Projeto de Lei 3.272 /2008 (Anexo II) que o governo recomendou ao Congresso, o prazo de 360 dias para fazer interceptações telefônicas legais .

O parágrafo 1º, do artigo 5º, do projeto diz: "O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a 60 dias, permitida sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de 360 dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência"^[147].

¹⁴⁷. **Projeto de Lei**. Disponível em: WWW.jusbrasil.com.br/noticias/prazo-de-360-dias-para-interceptacao. Acesso em:15/08/2009.

CONCLUSÃO

A interceptação telefônica é uma importante ferramenta para obtenção de provas no combate à criminalidade, desde que autorizada de acordo com a lei.

Porém, entendemos que falar de Interceptação Telefônica acaba se tornando uma difícil tarefa no sentido de que não podemos ser injustos ao tomar conclusões. Por um ponto de vista utilizar da interceptação de comunicações telefônicas para uma investigação autorizada por ordem judicial pode ser o único meio de conseguir provas suficientes para ajudar em um caso penal, porém por outro lado estará antes de mais nada sendo desrespeitado um dispositivo constitucional que prevê o respeito a privacidade de cada pessoa.

A Constituição Federal constituiu o direito à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas (entre outros) em direitos humanos fundamentais, previstos constitucionalmente, colocados, inclusive, na condição de cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro. Em razão da tamanha importância desse direito é que não se permite o uso indiscriminado das interceptações telefônicas pelos órgãos de persecução criminal, fazendo ingerências arbitrárias na intimidade alheia.

A interceptação telefônica encontra-se, hoje, normatizada constitucionalmente pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e, infraconstitucionalmente, pela Lei n.9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o sobredito dispositivo constitucional.

Assim sendo, somente com a entrada em vigor da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, houve a regulamentação do inciso XII do art. 5º da

Constituição federal de 1988, propiciando a concessão de ordem judicial para realização de interceptações telefônicas.

As interceptações telefônicas, uma vez legalmente disciplinadas e efetuadas com obediência aos requisitos impostos no ordenamento jurídico, são aceitas como provas lícitas, sendo admissível seu resultado como fonte de prova no processo.

Portanto, atualmente, pode-se dizer que as gravações poderão ser lícitas, quando obedecerem a requisitos legais, e ilícitas, quando efetuadas com violação a tais preceitos. A mesma só não será aceita quando: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

A lei só autoriza a realização da interceptação em sentido estrito. Entretanto, a comunicação pode ter ocorrido através de via telefônica, telemática ou informática. Em razão dessas duas últimas hipóteses, muitos têm discutido a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da lei 9.296/96, que versa sobre essas possibilidades.

A interceptação telefônica só é permitida quando estiverem presentes os requisitos: *periculum in mora* (necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova) e do *fumus boni iuris* (a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal). A lei afirma ainda o critério da estrita necessidade, ou seja, não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis.

A interceptação telefônica só é admitida como prova se houver autorização judicial para a sua realização. Não havendo essa autorização, a prova será ilícita e estará configurado o constrangimento ilegal se a base da condenação for ela.

O prazo para a diligência é de quinze dias, renovável por mais quinze dias. Embora haja divergências entre doutrinas e jurisprudência, podemos verificar as divergências no caso apresentado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que anulou quase dois anos de interceptações telefônicas no curso de investigações feitas pela Polícia Federal contra o Grupo S. do Paraná, pois afirmaram que colocar uma pessoa sob escuta por dois anos não é investigação, e sim devassa.

Portanto concluímos que, o prazo da interceptação telefônica pode ser renovável por mais tempo, desde que seja comprovada a indispensabilidade da prova.

Todo o procedimento da interceptação telefônica (desde seu requerimento até a sua completa realização) deve ser mantido em segredo de justiça, conforme a lei 9296/96.

Por fim, a referida lei trouxe dois novos tipos penais: o crime de interceptação telefônica (realizada sem autorização judicial ou quando autorizada judicialmente for realizada com desvio de finalidade) e o crime de quebra do segredo de justiça, e pode-se dizer que a lei 9.296/96 era indispensável, vindo preencher um vazio legislativo extremamente danoso.

Deve-se reconhecer, entretanto, que suscita diversos problemas de interpretação, sendo em muitos pontos lacunosa.

Caberá à doutrina dar-lhe a melhor exegese, e à jurisprudência a melhor aplicação, com os olhos sempre voltados ao crucial conflito entre as exigências da segurança e os direitos da defesa, buscando o ponto de equilíbrio que harmonize a necessária luta contra a criminalidade com os valores de um processo penal respeitoso da dignidade humana.

Caso a realização da interceptação telefônica não atenda a todos os requisitos legais, será a prova considerada ilícita e, conseqüentemente inadmissível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AURÉLIO. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Positivo. 6º Ed. 2004.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. São Paulo: RT, 2003.
- BARBOSA, José Olindo Gil. **As Provas Ilícitas No Processo Brasileiro**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br>.
- CARNELUTTI FRANCESCO apud José Frederico Marques “**Instituições**”. Vol. II. p. 337. Assim também em “**Elementos**”. Vol.II.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Saraiva. 12º Ed. São Paulo: 2005.
- FREGADOLLE, Luciana. **Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente – **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 02. 11ed. São Paulo. 1996.
- GRECO FILHO, Vicente – **Manual de Processo Penal**. 5ª. Edição. São Paulo. 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRINOVER, Ada P. FERNANDES, Antonio, Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “**As nulidades no Processo Penal**”. São Paulo: RT; 6ª ed. 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; apud GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação Telefônica: Lei 9296/96**. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “**O regime brasileiro das interceptações telefônicas**”. Revista de Direito Administrativo, n. 207.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 9ª ed. São Paulo: 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996**. Revista dos Tribunais. São Paulo: nº 735, jan., 1997.

JOSÉ FREDERICO MARQUES “**Elementos**” 1958. Vol. II. Apud AZEVEDO Vicente. “**Curso de Direito Judiciário Penal**”. Vol. II.

MENDES, JR. João. Apud JOSÉ FREDERICO MARQUES. “**Instituições**”. Vol. II.

MENDOÇA, André Luiz Nossa. **Das provas obtidas por meios ilícitos: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**. Faculdade Pernambucana do Ensino Superior – FAPE. Recife/PE 2006. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=771.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal**. Jurídico Altas. 11ª Ed.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. Temas de Direito Processual – Sexta Série**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita**, 4ª Ed., São Paulo, 1997.

NORONHA, Edgar Magalhães. **IN Curso de Direito Processo Penal**. 18ª ed., Saraiva. São Paulo. 1986.

PONTES DE MIRANDA, “**comentários do Código de Processo civil**”, 1947. vol. II, apud José Frederico Marques “**Instituições**” vol. III.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)**. Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do Direito Processual Civil**. Vol.2, 9ªed., São Paulo, Saraiva. 2000.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/>.

SANTEJANO, Deise Cristiane Valente. **A Prova**. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos.

SOUZA, Marcos Antonio Cardoso de. **Informações Sigilosas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=191.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Manual de Processo Penal**. 21ª Ed., Saraiva: São Paulo, 1999.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. **Provas Ilícitas (Enfoque Constitucional)** In Revista dos Tribunais, nº 791, setembro de 2001.

V. Manzini, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª Edição. Saraiva. 2008. apud TOURINHO FILHO, **Derecho Procesol Penal**. Trad. Sentis Melendo, Buenos Aires. EJE. 1952. v.3.

ANEXO A**LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.****art. 5º, inciso XII da Constituição Federal**

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

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

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

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

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

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º 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.

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

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

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

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

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

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

ANEXO B

Projeto 3.272/2008

Regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei disciplina a quebra, por ordem judicial, do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza, para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza, todo ato que intervém no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo a interceptação, escuta e gravação.

§ 2º O registro, a análise e a utilização da informação contida nas comunicações, objeto de quebra de sigilo por ordem judicial, sujeitam-se, no que couber, ao disposto nesta Lei.

§ 3º O disposto nesta Lei aplica-se ao fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática.

Art. 2º A quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza é admissível para fins de investigação criminal e instrução processual penal relativas aos crimes apenados com reclusão e, na hipótese de crime apenado com detenção, quando a conduta delituosa tiver sido realizada por meio dessas modalidades de comunicação.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas as informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função.

Art. 3º A gravação de conversa própria, com ou sem conhecimento do interlocutor, não se sujeita às disposições desta Lei.

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO

Art. 4º O pedido de quebra de sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvido, neste caso, o Ministério Público, e deverá conter:

- I – a descrição precisa dos fatos investigados;
- II – a indicação da existência de indícios suficientes da prática do crime objeto da investigação;
- III – a qualificação do investigado ou acusado, ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- IV – a demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de ser a prova obtida por outros meios; e
- V – a indicação do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados.

Art. 5º O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigilo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, proferir decisão fundamentada, que consignará de forma expressa, quando deferida a autorização, a indicação:

- I – dos indícios suficientes da prática do crime;
- II – dos indícios suficientes de autoria ou participação no crime, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- III – do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados; e
- IV – do prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações.

§ 1º O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, permitida sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 2º O prazo correrá de forma contínua e ininterrupta e contar-se-á a partir da data do início da quebra do sigilo das comunicações pela prestadora responsável pela comunicação, que deverá comunicar este fato, imediatamente, por escrito, ao juiz.

§ 3º Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no **caput**.

§ 4º Durante a execução da medida de quebra de sigilo, caso a autoridade policial identifique que o investigado ou acusado passou a fazer uso de outro número, código ou identificação em suas comunicações, poderá formular, em caráter de urgência, pedido oral, que será reduzido a termo, de nova interceptação ao juiz, cuja decisão deverá ser proferida no prazo máximo de vinte e quatro horas.

§ 5º Adotadas as providências de que trata o § 4º, os autos seguirão para manifestação do Ministério Público e retornarão à autoridade judiciária que, então, reapreciará o pedido.

Art. 6º Contra decisão que indeferir o pedido de quebra de sigilo caberá recurso em sentido estrito do Ministério Público, podendo o relator, em decisão fundamentada, conceder liminarmente o pedido de quebra.

Parágrafo único. O recurso em sentido estrito tramitará em segredo de justiça, e será processado sem a oitiva do investigado ou acusado, a fim de resguardar a eficácia da investigação.

Art. 7º Do mandado judicial que determinar a quebra do sigilo das comunicações deverão constar a qualificação do investigado ou acusado, quando identificado, ou o código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido.

ÍNDICE

C

Conceito da Prova Ilícita, 23

Conceito da Prova, 13

Classificação das Provas, 21

D

Direito ao Sigilo das conversas telefônicas, 41

E

Escuta Telefônica, 51

Evolução do Ordenamento Jurídico “Interceptação Telefônica”, 56

F

Fontes, Meios e Elementos da Prova, 19

G

Gravações Clandestinas, 52

I

Ilícitude por derivação, 28

Interceptação Telefônica, 48

Interceptação Ambiental e Escuta Ambiental, 50

N

Natureza Jurídica das Transcrições, 65

O

Objeto da Prova, 16

O Uso da Prova Ilícita Pro Reo, 39

P

Princípio da Proporcionalidade, 32

Prova Obtida ilicitamente, 36

Procedimento de Interceptação Telefônica, 74

Prazo da Interceptação Telefônica, 87

Prazo da Interceptação Telefônica “Projeto de Lei”, 92

T

Transcrição de Gravações, 62