

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEI 9.296/96 E A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

GARCIA, R. A. C¹, JORGE, A. B.²

¹ Mestrando em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela UFSCar - Universidade Federal de São Carlos-SP. Professor de Direito Empresarial do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior - IMMES - Brasil.

² Bacharel em Direito pelo Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior –IMMES. Advogada.

RESUMO

O presente trabalho trata dos aspectos da interceptação telefônica, sua admissibilidade como meio de prova no Processo Penal, mesmo quando ilícita. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente a utilização das provas obtidas ilicitamente, ou seja, a prova obtida em confronto direto ou indireto aos princípios constitucionais. Todavia, nada no Direito é absoluto, de forma que os direitos e valores de ordem constitucional são relativizados diante do fato de se viver em comunidade. A interceptação telefônica é meio de prova em uma investigação criminal, porém para que a mesma seja utilizada existem regras, dentre elas, a maneira de como será efetuada e principalmente os motivos para o seu uso, que este deverá ser feito de forma correta, pois somente assim, a prova por ela encontrada, será considerada lícita. Para que ela seja aproveitada como meio de prova em uma investigação, não poderá adentrar bruscamente ao direito à privacidade e intimidade do ser humano, pois deste modo, estará fora dos limites estabelecidos pela Lei nº 9.296/96 e conseqüentemente ao artigo 5º da Constituição Federal.

Palavras chave: Relativização dos Direitos Fundamentais, Interceptação Telefônica, Direitos e Garantias Fundamentais.

INTRODUÇÃO

A interceptação telefônica é um meio de prova que permite a obtenção de uma gravação, sem o conhecimento das partes ou de terceiros, o que em tese é ilícito, dado ao fato da inviolabilidade do sigilo telefônico, preceituado na Constituição Federal, mas que, por via oblíqua, é autorizada pela Lei nº 9.296/96, desde que obedecidos os requisitos por ela estabelecidos.

Cumpra nos esclarecer que, se um dos interlocutores tiver ciência de que está ocorrendo a gravação, fica descaracterizada a interceptação, isso porque exige-se que a interceptação não seja de conhecimento deles.

Ademais, há muito se discutiu quanto à licitude das interceptações justamente por exigir que os interlocutores não tenham conhecimento de que estão sendo interceptado, o que em tese, acaba por ferir diretamente o artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal.

Todavia, a segunda parte do dispositivo legal nos permite concluir que o legislador deixou uma possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mediante autorização judicial e cumprimento dos requisitos impostos pela lei.

Daí, viu-se a necessidade da edição da lei nº 9.296/96 que regula as intercepções telefônicas, seu cabimento e requisitos legais, de forma que, se assim não o for, a prova obtida através da interceptação telefônica será considerada ilícita e não poderá fazer parte do processo.

Em verdade, a Lei nº 9.296/96 foi criada para dar eficácia à parte final do artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, descrevendo o modo e a forma com que deve ser conduzida a interceptação telefônica.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A possibilidade da interceptação telefônica foi inserida no nosso ordenamento jurídico somente com a edição da Constituição Federal de 1988. Até então, a única proteção que se tinha a esse respeito era em relação ao sigilo das comunicações. Tal proteção passou a vigorar com a edição da Constituição de 1891, em seu artigo 72, § 18.

Neste momento, havia tão somente a proteção quanto ao sigilo de correspondência e este por sua vez, era absoluto, sem qualquer exceção. Posteriormente com a promulgação da Constituição de 1937 é que previu uma possibilidade de exceção para a quebra do sigilo telefônico em seu artigo 122, § 6º. Todavia, muito embora previu-se a possibilidade quanto à violação do domicílio e da correspondência, exigia-se regulamentação específica para tanto.

Somente com a promulgação da Constituição de 1967, é que foi introduzida a inviolabilidade quanto às comunicações telegráficas e telefônicas, em seu artigo 150, § 9º. Porém, muito embora as comunicações telegráficas e telefônicas passaram a serem invioláveis, tal inviolabilidade era absoluta, não dispondo de exceções nesse sentido.

A grande discussão entre a doutrina e a jurisprudência surgiu no sentido de que no Direito nada é absoluto, devendo haver uma relativização entre a norma e a realidade social, expandindo sua interpretação de modo a aplicar a Justiça da melhor forma.

2.1. Previsão Legal na Constituição de 1988

Somente com promulgação da Constituição Federal de 1988 é que inseriu no ordenamento jurídico, além da proteção quanto ao sigilo das correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas, a possibilidade de interceptar as ligações, com a

conseqüente quebra do sigilo, sem que isso ferisse a disposição constitucional, desde que obedecidos os ditames legais, ou seja, seguindo as hipóteses e forma pela lei estabelecida.

E nesse sentido foi a edição do artigo 5º, dispondo em seu inciso XII a proteção da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, desde que autorizadas judicialmente e obedecendo o procedimento imposto por lei. Assim, a Constituição Federal protegeu integralmente o sigilo, mas permitiu a obtenção de prova apta a instruir um processo criminal, que em tese seria ilícita, sem que isso ferisse o direito constitucionalmente assegurado.

Importante destacarmos que a Constituição Federal é de 1988, já a Lei de Interceptação Telefônica surgiu em 1996, logo, a Interceptação Telefônica no período anterior a lei era autorizada com base no artigo 57 da lei nº 4.117/1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações.

Assim, todas as interceptações realizadas no período compreendido entre a criação da Constituição Federal de 1988 e a criação da lei nº 9.929/96 foram consideradas pelo STF e STJ como provas ilícitas, ou seja, foi decidido que o artigo 5º, inciso XII é uma norma de eficácia limitada que exige norma regulamentadora. Em 1996 surge a Lei nº 9.296 que regulamenta a interceptação já autorizada na Constituição Federal, e dispõe quanto ao seu processamento.

A Lei que regula a Interceptação Telefônica, está vigorando praticamente há vinte anos, mas ainda é distante a pacificação do entendimento no sentido de que a mesma fere ou não os preceitos constitucionais, de forma que se assim não for, estaríamos, de fato, diante da relativização dos direitos fundamentais.

A interceptação telefônica é um meio de prova muito eficaz no combate à criminalidade, de forma que é possível que crimes possam ser descobertos e sujeitos punidos com a possibilidade de obtenção da prova por intermédio da mesma.

3. PROVAS NO PROCESSO PENAL

É sedimentado que as provas produzidas no processo penal são dotadas de maior confiabilidade, até mesmo pela forma e rigidez com que são produzidas. Tanto assim o é que, muito embora haja o princípio da Independência das Instancias, a matéria discutida no processo penal, seguida de uma sentença absolutória que diz respeito à inexistência do fato ou negativa de autoria, vincula as demais esferas, cíveis e administrativas.

Isso se dá em virtude que as provas produzidas no Processo Penal objetivam alcançar a verdade real, por estar em discussão um dos bens mais valiosos do ser humano, a liberdade do indivíduo. Daí também advém o rigor com que a mesma será apreciada pelo juiz.

A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, inciso LV, o direito ao Contraditório e a Ampla Defesa, embasados no princípio do Devido Processo Legal, possibilitando ao acusado a produção de todos os meios de provas, com o afimco de assegurar a sua liberdade. Conforme disposto: “*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;*”

Assim, o acusado possui vastas possibilidades de sua defesa, dentre elas obtenção de filmagens de câmeras de segurança, acesso à documentos de terceiros ou testemunhas. Ocorre que, ao Estado compete zelar pela segurança social, e nesse sentido também há necessidade de produzir as provas aptas que pudessem ensejar uma condenação que resulte na privação da liberdade do agente infrator.

Essas provas, na grande maioria, são produzidas por meios lícitos, sem quebra dos princípios e direitos constitucionalmente assegurados.

Todavia, há casos em que a obtenção da prova por meio lícito se tornaria ineficaz por nada mudar ao caso concreto. E é daí que permitiu a relativização dos direitos fundamentais, possibilitando a quebra do sigilo a fim de resguardar interesse social.

3.1. Conceito

Segundo CAPEZ (2014, p. 278) “Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação”.

Assim, prova é o conjunto de práticas elaboradas pelas partes envolvidas em litígio, objetivando o convencimento do magistrado, que por sua vez prestará a tutela jurisdicional.

O Código de Processo Penal em seu artigo 155 dispõe: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Nesse sentido as provas são imprescindíveis para que o juiz fundamente sua decisão de forma coesa e justa. Além da importante função da prova para o convencimento do magistrado, a mesma visa demonstrar a verdade dos fatos em que se funda a denúncia ou a defesa.

O processo possui três fases: fase postulatória, fase instrutória e a fase decisória. É na segunda fase que se assenta a possibilidade da produção da prova, utilizando-se os meios de provas admitidas para o caso.

Para o convencimento do juiz e objetivando a busca pela verdade real, os litigantes utilizarão dos meios de provas autorizados por lei para tal finalidade.

Em verdade, os meios de provas é a forma com que a mesma será obtida e utilizada no processo.

3.2. Prova Proibida

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal dispõe em seu Art. 5º, inciso LVI “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, entendendo-as como sendo as colhidas de forma ilícita ou em desconformidade com o direito material.

A prova proibida subdivide-se em duas modalidades: *prova ilegítima* e *prova ilícita*.

A prova ilegítima é aquela que esteja em descompasso com a determinação legal, ou seja, é aquela produzida em desconformidade com a norma que a disciplina e não poderá ser considerada pelo magistrado, tendo como consectário lógico, uma possível absolvição por falta de provas obtida mediante violação a norma de direito processual.

Já a prova ilícita, como o próprio nome já diz, é aquela obtida por meios ilícitos, ou seja, aquelas que afrontam diretamente o direito, ou seja, aquelas que violem normas infra legais ou que afrontem princípios constitucionais.

Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. No ordenamento jurídico temos várias inviolabilidades para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa, como por exemplo, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito a integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc.

Assim, se a prova obtida violar qualquer norma garantista, estaremos diante de uma prova ilícita, de consequência impossibilitando sua utilização no processo penal.

3.3. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (Fruits Of The Poisonous Tree)

Em tese, a prova obtida por meio ilícito não poderia ser admitida no processo judicial. Isso se dá em decorrência da “Teoria do Fruto da Árvore Envenenada”.

Essa teoria foi criada pela Corte Americana donde advém o entendimento de que se a planta está contaminada, os seus frutos também estarão.

A teoria explica que se uma prova for obtida por meios ilícitos, as provas que dela derivar, ainda que lícita, será considerada ilícita, porque estariam contaminadas na essência. É também chamada de provas ilícitas por derivação.

Em seu magistério, LIMA (2013, p. 598) “provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”.

Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que a ilicitude da prova obtida na essência se estende a todos os atos probatórios subsequentes, que nela se apoiem ou que dela derivem.

Ademais, todas as decisões superiores dos Tribunais, antes da edição da lei nº 9.296/96 não admitiam as provas obtidas por intermédio da interceptação telefônica.

Nesse sentido, foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal, em 1993, nos autos do HC 69912 RS, entendeu ser a prova obtida através da interceptação telefônica ilícita, porque diante da falta de lei que a permitisse, contaminou as demais provas.

A conclusão lógica do entendimento decorria do artigo 573, § 1º do Código de Processo Penal, segundo o qual “*a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência*”.

Todavia, após a entrada em vigor da lei nº 9.296/96, os Tribunais têm entendido que, embora se mostre plausível a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, é possível que ela não seja aplicada, caso evidencie que a prova obtida por meio ilícito não contamine as demais.

Nesse sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2007, que declinou seu entendimento da não aplicabilidade da teoria Norte Americana, nos autos do HC 89032 SP.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente do Código de Processo Penal. Segundo o artigo 157, § 1º do CPP, “*são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*”.

3.4. Interceptação Telefônica, Escuta Telefônica, Gravação Clandestina, Interceptação, Escuta E Gravação Ambiental

A fim de não causar confusão e equívocos quanto à distinção entre institutos, é imprescindível a correta diferenciação entre eles.

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, “interceptar” significa interromper, impedir, deter.

Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompe-la, impedi-la, detê-la ou corta-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação.

É característica da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação alheia.

Não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, nem tampouco com gravação telefônica. A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a intervenção de um terceiro.

Para melhor elucidação dos institutos, passaremos a discorrer sobre cada um deles:

a) Interceptação Telefônica em sentido estrito: nas palavras de CAPEZ (2014, p. 291): “*interceptação provém de interceptar – intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores*”. Assim, na interceptação telefônica, tem-se a captação da conversa telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos demais interlocutores, podendo ainda ocorrer entre dois interlocutores ou

mais, desde que sem o consentimento destes. É importante ressaltarmos que a interceptação precede de autorização judicial, conforme determina o artigo 1º da lei nº 9.296/96.

b) Escuta Telefônica: a escuta telefônica diverge da interceptação telefônica no que diz respeito ao conhecimento de ao menos um interlocutor, ou seja, a escuta é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa, porém, com o conhecimento de um dos interlocutores. Assim, tanto a interceptação quanto a escuta tem a intervenção de um terceiro, todavia, na primeira os interlocutores não têm ciência de que estão sendo gravados, e na segunda, ao menos um deles consente. Outra importante distinção entre os dois institutos, é que a interceptação é precedente de autorização judicial, ou seja, é disciplinada em lei e para que ocorra depende de ordem do juiz, enquanto que a escuta, por não haver determinação legal, não necessitará de autorização da autoridade competente.

c) Gravação Clandestina: na gravação clandestina não há a intervenção de um terceiro na conversa. Neste instituto, a captação da conversa telefônica é obtida por um dos interlocutores da conversa, sem que haja o conhecimento dos demais interlocutores. Não há ilicitude na gravação clandestina por não caracterizar qualquer violação ao direito de privacidade, já que a conversa será gravada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais. Trata-se de uma autogravação e é feita sem o conhecimento do outro comunicador, daí fala-se em gravação clandestina.

d) Interceptação Ambiental: a interceptação ambiental é uma gravação feita por um terceiro, sem o consentimento dos demais interlocutores, mas não por meio telefônico, e sim de forma pessoal, ou seja, o terceiro grava a conversa em determinado ambiente. Este tipo de gravação é obtido através de um aparelho eletrônico capaz de registrar sons, que quando colocado por terceira pessoa em um ambiente, grava as conversas proferidas no local, sem o consentimento dos interlocutores.

e) Escuta Ambiental: a escuta ambiental é uma gravação feita por um terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores, mas não por meio telefônico, e sim de forma pessoal, ou seja, o terceiro grava a conversa em determinado ambiente. Aqui, um dos interlocutores tem conhecimento de que a conversa está sendo gravada.

f) Gravação Ambiental: a gravação ambiental ocorre, não por meio telefônico, e sim de forma pessoal, quando a captação da conversa é feita por um dos interlocutores. Não tem a intervenção de terceira pessoa, ou seja, é um dos interlocutores que grava a conversa. Assim, temos que a principal diferença entre interceptação, escuta e gravação e interceptação,

escuta e gravação ambiental é que estas últimas não são obtidas por meio telefônico, mas no momento e local onde ocorre a conversa.

Conclui-se que, o art. 1º da Lei nº 9.296/96 abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica, uma vez que ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia. Por via oblíqua, a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação o ambiental não estão abrangidas pelo regime jurídico da Lei nº 9.296/96.

4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Como dito alhures, a Lei nº 9.296/96 surgiu para disciplinar a parte final do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, possibilitando a interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou em instrução processual penal.

Insta esclarecer que a interceptação telefônica tem a natureza jurídica de fonte de prova, pois é dela que se extrai a comprovação de uma infração penal ou do envolvimento de um agente ao crime. A interceptação telefônica, por sua vez, funciona como meio de obtenção de prova, mais especificamente como medida cautelar processual, consubstanciada em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica. Assim, a gravação da interceptação das comunicações telefônicas é o resultado da operação técnica e, portanto, a materialização da fonte de prova. Por fim, a transcrição das gravações funciona como o meio de prova, que será juntado aos autos para que possa ser valorado pelo magistrado.

A finalidade da interceptação telefônica é a obtenção de uma prova, que se materializa num documento (auto circunstanciado, transcrição) ou num depoimento (prova testemunhal).

Doutra senda, importante destacarmos que a interceptação telefônica não se confunde com a quebra do sigilo dos dados telefônicos, isso porque enquanto a interceptação de uma comunicação telefônica diz respeito a algo que está acontecendo, a quebra do sigilo de dados telefônicos guarda relação com as chamadas telefônicas já realizadas. A quebra do sigilo de dados telefônicos está relacionada aos registros documentados e armazenados pelas companhias telefônicas, tais como data da chamada telefônica, horário da ligação, número do telefone chamado, duração do uso, etc.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações

telefônicas, no entanto, permite a interceptação, desde que precedida de autorização judicial e obedecidos os requisitos legais e, somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Há diferença no que diz respeito a interceptação em si e a quebra do sigilo telefônico.

A garantia constitucional não é absoluta, de forma que sofre relativização quando posta ao lado da interceptação, permitindo exceções dentro do próprio ordenamento, mediante o cumprimento dos requisitos legais.

4.1. Sigilo Profissional do Advogado

Quando da realização das interceptações telefônicas dos investigados, a autoridade pode se deparar com conversas proferidas entre o investigado e seu advogado. Todavia, tais elementos probatórios serão considerados inadmissíveis no processo.

Ademais, nos termos do artigo 7º, inciso II da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, ao advogado é assegurado a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, dos instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

Assim, é de concluir-se que, caso haja indícios de envolvimento do advogado com o crime objeto da investigação, não há que se falar em proteção ao sigilo profissional, sendo plenamente válida a interceptação de sua comunicação telefônica.

Reiterando o que dito alhures, não se trata de proteção absoluta do advogado, assim como no Direito nada é, mas de prerrogativa do mesmo quando relacionada ao exercício da profissão, de modo que, uma vez demonstrado seu envolvimento no ilícito penal, não será admitida alegação de violação da liberdade de exercício profissional, vez ainda que as prerrogativas conferidas aos advogados não podem acobertar delitos.

4.2. Quebra do Sigilo de Dados Telefônicos e Requisitos Legais para a Interceptação

A interceptação telefônica dá acesso ao teor da conversa, já a quebra de sigilo telefônico é apenas o acesso das ligações efetuadas e recebidas por aquela linha telefônica.

Assim, a quebra de sigilo telefônico não permite saber o que foi conversado, já a interceptação telefônica está ligada ao conhecimento do conteúdo da conversa estabelecida entre duas ou mais pessoas.

Embora o objetivo das medidas são distintos, tanto para a interceptação quanto para a quebra do sigilo é imprescindível que haja autorização judicial.

A obtenção de dados telefônicos pode servir de importante instrumento para demonstrar que o agente se comunica com determinada pessoa. Ademais, a obtenção de dados telefônicos possibilita ainda que se localize o lugar de onde estava operando determinado aparelho celular e conseqüentemente o portador do mesmo.

Assim como a interceptação, muito embora haja a proteção constitucional quanto à quebra do sigilo de dados, o mesmo também não é absoluto, posto que havendo necessidade, é autorizado a quebra sem que isso lese o direito à intimidade, prescrito no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Nesta linha de raciocínio não é crível que as garantias constitucionais sejam dotadas de caráter absoluto de modo a permitir que sejam exercidas de forma danosa à ordem pública, em outras palavras, não podem funcionar como mecanismo de camuflagem para a prática de atividades ilícitas.

Lado outro, evidente que para que não haja violabilidade indevida à intimidade do sujeito, é necessária a existência de justa causa e interesse público sobre a investigação para que seja autorizada a quebra do sigilo de dados.

Assim, é possível, portanto, a quebra do sigilo de dados telefônicos, desde que demonstrada sua imperiosa necessidade para auxiliar nas investigações ou na instrução criminal. O artigo 2º da Lei dispõe sobre os requisitos para que haja a interceptação.

Além destes, o artigo 1º da lei de interceptação telefônica dispõe ainda mais dois requisitos: i) a interceptação dependerá de autorização do juiz competente para o julgamento da ação principal e ii) que a interceptação tenha por finalidade instruir investigação criminal ou processo penal.

Assim, passaremos a analisar cada um dos requisitos para a admissão da prova por intermédio da interceptação telefônica.

a) Indícios razoáveis de autoria e participação: embora a interceptação seja uma medida cautelar, não exige provas ou indícios de materialidade para ser decretada, bastando indícios de autoria e participação, já que a materialidade somente será buscada a partir da interceptação, que é justamente esse o objetivo da interceptação. Em virtude de ser uma medida cautelar de caráter urgente, ao analisar seu cabimento, limita-se o juiz ao exercício de uma mera cognição sumária. Assim, a análise judicial para a concessão da medida é feita a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento. Nas palavras de LIMA (2014, p. 735): “A palavra indício de autoria ou de participação, no sentido em que foi utilizada no art. 2º, inciso

I, da Lei 9.096/96, deve ser compreendida com o significado de prova semiplena, ou seja, um elemento de prova mais t nu , com menor valor persuasivo, nos mesmos moldes que o CPP”

Assim, n o   poss vel a intercepta o telef nica para verificar se uma determinada pessoa, contra a qual inexist  qualquer ind cio, est  ou n o cometendo algum crime, ou seja, n o h  possibilidade da chamada “*intercepta o de prospec o*” desprovida de quaisquer ind cios.

Nesse sentido, a intercepta o telef nica n o pode ser deferida para dar in cio a uma investiga o, logo, n o existe intercepta o telef nica pr - delitual, fundada em meras suposi es, seja de determinada situa o ou de uma pessoa.

O objetivo da intercepta o telef nica   provar um delito que j  est  sendo investigado e n o se determinado sujeito est  ou n o praticando crimes.

b) Indispensabilidade da intercepta o: a intercepta o n o poder  ser autorizada, caso a prova possa ser obtida por outros meios de investiga o. Somente ent o, se comprovado que, caso a intercepta o n o seja feita, a prova se perder . Nesse sentido, a intercepta o telef nica   um meio subsidi rio de prova, pois somente servir  de prova, caso os outros meios se revelem ineficazes para produ o da prova. A intercepta o telef nica deve ser utilizada como medida de *ultima ratio*. Assim, entre diversas medidas investigat rias id neas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restri es   esfera de liberdade individual do agente.

c) Crime punido com reclus o: o juiz n o poder  determinar a investiga o telef nica para contraven es penais e crimes punidos com deten o. Todavia, h  a possibilidade de a intercepta o telef nica servir como prova em contraven o penal e de crime punido com deten o, desde que sejam conexos com crime punido com reclus o. Nesse sentido, pouco importa se o delito est  previsto no C digo Penal ou na Legisla o Especial, o importante   que a pena cominada seja de reclus o. Importante destacarmos que a lei n o fala em que tipo de a o penal que a intercepta o telef nica pode ser autorizada, o que por via obliqua conclui-se que a mesma pode ser autorizada em rela o a infra es penais de a o penal p blica e de a o penal de iniciativa privada.

d) Ordem do juiz competente para o julgamento da a o principal: somente o juiz competente para o julgamento da a o principal, dotado do poder jurisdicional,   que pode determinar a quebra do sigilo das correspond ncias, sendo certo que Promotor de Justi a ou Delegado n o tem autoriza o legal para tanto. O juiz competente   aquele reconhecidamente autorizado por lei para julgar determinada causa. Assim,   necess rio

ordem desse juiz para que se concretize a interceptação telefônica. Tendo em vista que a interceptação telefônica é medida que visa à obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, o juiz competente para autorizar referida medida deve ser dotado de jurisdição penal, de modo que todo e qualquer juiz criminal pode conceder a ordem de interceptação. Doutra senda, estando o juiz no exercício de competência não criminal, não está autorizado a conceder a interceptação telefônica. Importante esclarecer que a autorização da interceptação telefônica no curso da investigação criminal é causa de fixação da competência por prevenção, nos exatos termos do artigo 83 do Código de Processo Penal.

e) Finalidade de instruir investigação policial ou processo criminal: o último requisito, porém, não menos importante, é no sentido de que a prova obtida por intermédio da interceptação telefônica deve ser utilizada para instruir investigação policial ou processo criminal, sendo certo que não se admite a utilização deste meio de prova em procedimento civil, por exemplo.

Apesar de o dispositivo legal expressar claramente que a prova deve ser utilizada para instruir investigação policial ou processo criminal, não admitindo tal prova para instrução em processos civis, administrativos, etc., nada impede que a prova obtida seja utilizada, nesses processos, como prova emprestada.

Neste sentido, CAPEZ (2014, p. 298) define prova emprestada como sendo *“aquela produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para produzir efeito como prova em outro processo”*.

Assim, a interceptação não pode ser deferida em procedimento que não o criminal, mas é plenamente possível que obtida por meio de interceptação seja tão somente utilizada em outros processos.

Ainda no seguimento do ilustre doutrinador CAPEZ (2014, p. 298): O transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não criminais”.

Nessa linha de raciocínio, é possível que se utilize da prova – dita prova emprestada – em processos não criminais, porque não estaríamos falando em quebra do sigilo neste processo, mas somente instruiríamos o processo com prova já obtida, e que por sua vez, o direito à intimidade já teria sido violado licitamente.

Assim, a prova emprestada só não seria admitida como prova para instruir outro processo, que não o criminal, se comprovar má fé da parte que a produziu, com o intuito de fraudar ou burlar direitos constitucionalmente assegurados.

Importante lembrarmos que, referida prova quando juntada ao processo deve passar pelo Contraditório, ou seja, a parte contrária tem que ter ciência de que o documento fora juntado, sob pena de ferir o princípio do Devido Processo Legal.

4.3. Procedimento Da Interceptação

O artigo 3º da lei nº 9.296/96 nos diz o seguinte “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”.

Conforme disposição legal, a interceptação telefônica pode ser requerida pelo Delegado de Polícia ou pelo Promotor de Justiça. O Delegado fará a solicitação no decorrer da investigação criminal, já o membro do Ministério Público poderá solicitar a interceptação durante a instrução processual.

Quanto ao magistrado, a lei é expressa que o mesmo poderá conceder a interceptação mediante requisição das partes ou de ofício, o que nos permite entender que poderá fazer em qualquer fase processual. O artigo 4º da lei determina a forma que o pedido de interceptação deve ser feito.

A interceptação será dirigida ao juiz competente da ação principal e conterà a necessidade da produção da prova para fins de apuração da infração penal e meios que devem ser empregados, demonstrando ainda a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios.

O pedido será dirigido ao juiz competente da ação principal por documento escrito. Na excepcionalidade e preenchidos os requisitos legais que autorizam a interceptação, poderá ser feito o pedido verbalmente e este será reduzido a termo.

Devido a excepcionalidade e a medida cautelar, o prazo para apreciar a interceptação é de 24 horas. Referido prazo começará a fluir do termo de conclusão do juiz, conforme disciplina o artigo 800, § 1º do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos: § 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.”

Da decisão do magistrado há a possibilidade de dois recursos, se deferida a medida, a doutrina entende que cabe Mandado de Segurança pelo Ministério Público, já se indeferida, caberá Habeas Corpus pela pessoa cuja medida recair.

Dispõe o artigo 5^a da lei que “ *a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*”.

Evidente que, 15 dias é prazo máximo que a interceptação telefônica pode ser concedida, no entanto, nada impede que o juiz conceda a autorização por prazo inferior caso entenda ser tal prazo suficiente para as investigações.

No que se refere à renovação do prazo, esta não se dá de maneira automática, devendo ficar comprovado a indispensabilidade do meio de prova em pedido fundamentado. O Supremo Tribunal Federal já tem se posicionado no sentido de autorizar a renovação por mais de uma vez quando se tratar de fato complexo cujo teor do HC: 83515 RS.

Nessa linha de raciocínio é possível concluir que a prorrogação do prazo pode ser feita tantas quantas vezes forem necessária.

Uma vez concedida a medida, passaremos a analisar os atos subsequentes, conforme determina o artigo 6^o da Lei que dispõe no sentido de “concedido o pedido, a autoridade policial deverá conduzir os procedimentos para a interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização”.

Cumprido destacar que compete à Autoridade Policial dar o andamento para a interceptação dando ciência ao membro do Ministério Público para que, caso queira, acompanhe a realização da interceptação.

Outrossim, o ato de dar ciência ao Ministério Público trata-se de ato prioritário da polícia, sendo certo que a ausência da cientificação ao órgão ministerial não importa em qualquer nulidade porque, conforme o próprio julgado supra transcrito, “*a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas*”.

Ainda no artigo 6^o em seu § 1^o exige-se que a conversa que foi gravada, desde que possível, deve ser transcrita. Todavia, há discussão se a transcrição deve ser integral ou parcial.

A jurisprudência entende que não precisará ser integral e sim parcial, bastando que sejam transcritos os trechos necessários para o oferecimento da denúncia, porém a totalidade das gravações deverá ficar a disposição da defesa.

4.4. Segredo De Justiça

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, assim é o que disciplina o § 2º do artigo 6º da lei.

A quebra do sigilo está intimamente ligada com a forma que a interceptação telefônica é obtida, ou seja, essa quebra refere-se à violação do direito da intimidade. Isso não significa que haverá a quebra do sigilo processual.

A contrário sensu, os autos da interceptação, que são apartados, se processarão sobre segredo de justiça, objetivando a efetividade da interceptação telefônica e nesse sentido, o sigilo é imprescindível.

Isso significa dizer que a pessoa investigada não pode ter conhecimento da realização das diligências, pois, do contrário, seria totalmente frustrada a possível eficácia desse meio de investigação. Não importa se a medida cautelar venha a ser autorizada durante as investigações ou durante a instrução processual penal: a diligência deve ser levada a efeito sob segredo de justiça, única forma de se garantir sua utilidade.

Nesse sentido, além de tratar-se de uma medida cautelar, cuja análise da plausibilidade é feita sob cognição sumária, é ainda medida cautelar *inaudita altera pars*, cuja decretação dispensa a prévia oitiva do investigado.

Insta salientar que, somente após concluída a interceptação telefônica é que o investigado e o seu defensor terão acesso aos autos, possibilitando o contraditório e ampla defesa. No entanto, mesmo após ser suspenso o segredo de justiça para o investigado e seu defensor, não será qualquer pessoa que poderá ter acesso ao conteúdo das diligências, gravações e transcrições.

Isso se dá porque os valores constitucionais como um processo justo, o direito à intimidade e à vida privada do acusado e das pessoas que com ele se comunicaram devem preponderar sobre o direito de que a todos seja assegurada a possibilidade de ter acesso ao teor das gravações telefônicas.

Não há que se falar, portanto, em publicidade externa em relação aos elementos obtidos com a interceptação telefônica, o teor das gravações fica adstrita somente entre as partes do processo.

Importante destacarmos que, conforme dispõe o artigo 9º da Lei “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”, logo, a transcrição da gravação que não for útil ao processo, será desentranhada dos autos por meio de decisão judicial. Da decisão que determinar ou não a inutilização caberá Recurso de Apelação.

4.5. Crimes Do Artigo 10 Da Lei Nº 9.296/96

O artigo 10 determina que “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”.

O referido dispositivo prevê dois crimes distintos: i) interceptar ligação e ii) quebra do segredo de justiça, em ambos os casos, sem ordem judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

No que diz respeito a realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não previstos em lei trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O dolo é o elemento subjetivo do tipo, já que o crime só existe se for praticado sem ordem judicial, admitindo ainda a forma tentada.

Quanto à quebra do segredo de justiça, temos que trata-se de crime próprio, ou seja, somente poderá ser praticado por quem tem o dever de sigilo, exigindo assim então condição especial do sujeito ativo. Igualmente admite-se a tentativa e consuma-se no momento em que o segredo é revelado para a terceira pessoa.

Assim, a interceptação realizada sem ordem judicial é crime capitulado do artigo 10 da Lei nº 9.296/96 e como consequência lógica a prova será ilícita, não podendo ser inserida no conjunto probatório dos autos. Ademais, ainda que a interceptação seja autorizada judicialmente, ela poderá ser considerada ilícita se tiver finalidade diversa que não a investigação criminal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De uma senda temos o preceito constitucional que garante a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, esculpidas no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, e por outro lado temos o Estado que não pode ser privado de produzir as provas indispensáveis objetivando a condenação do sujeito infrator em prol do interesse social.

É cediço que quando a prova fere princípios ou garantias fundamentais, bem como dispositivos de leis infraconstitucionais, saímos do campo da licitude da prova para adentrarmos no campo da ilegalidade.

Exigia-se norma regulamentadora que permitisse a quebra do sigilo telefônico há muito protegido pelo ordenamento pátrio. E foi nessa intenção e para inibir que a prova obtida por meio da interceptação telefônica, fosse considerada ilícita, porque violou princípios constitucionais que adveio.

Outrossim, somente com a edição da lei nº 9.296/96 que regulamentou a parte final do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, permitiu-se ao Poder Judiciário o deferimento da medida cautelar, mediante o preenchimento dos requisitos e obedecidos os fins para se destina, a quebra do sigilo telefônico sem que isso ferisse o direito fundamental esculpido na Carta Magna.

É fato que a lei de interceptação teve importante papel em nosso ordenamento, principalmente no que diz respeito no combate ao crime organizado, permitindo a investigação por parte da polícia, desvendando crimes e sujeitos envolvidos.

Prova maior não há de que no Direito nada é absoluto, nem mesmo as garantias fundamentais, posto que a própria lei autoriza sua quebra, sendo a interceptação uma exceção quando falamos em meios de prova.

Assim, a lei sofre alterações na medida em que a realidade social exige uma flexibilização da norma quando atinge o fim que se destina. É certo que, para que haja a interceptação, os interlocutores não podem ter ciência de que estão sendo gravados, e se assim não for, não há que se falar em interceptação.

A lei de interceptações telefônicas trouxe importante evolução, no sentido de que trouxe ao dispositivo legal, até então uma norma de eficácia limitada, uma eficiência tamanha a ponto de relativizar os direitos fundamentais. A interceptação telefônica não fere a norma constitucional, porque está totalmente amparada em lei, exatamente como determina a Carta Magna.

Assim, é perfeitamente plausível e autorizado por lei a relativização dos direitos fundamentais, analisando o caso concreto, atendendo aos anseios sociais e nos ditames da lei.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR MENDES, Eunice. **Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro**. RCEJ, n. 16, Brasília, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense, v. 337.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial** 7a ed. São Paulo: Método, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 14ª Edição São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1.

BUENO, Silveira, **Minidicionário da Língua Portuguesa**, São Paulo, Editora FDT, 2000.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, Editora Saraiva, 2014.

DE LIMA, Renato Brasileiro, **Curso de Processo Penal**, Editora Impetus, 2013.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. Editora Saraiva. 2ª Ed. 2008.

FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. **Novo Dicionário Jurídico**. São Paulo: Editora LED. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LENZA; Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**, 1984, p. 333.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal – SÃO PAULO**. Atlas. 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª Ed., São Paulo: Atlas S.A, 2009.

MORAIS, Paulo Heber de. LOPES, João Batista. **Da prova penal**, 1978, p. 170-172.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 9ª Ed., Niterói: Impetus, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed – versão digital (.epub). São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, 3ª Edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.