

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP
COGEAE

GUILHERME CANECCHIO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

SÃO PAULO

2012

GUILHERME CANECCHIO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

SÃO PAULO

2012

GUILHERME CANECCHIO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

Banca Examinadora:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho este trabalho à minha mãe Rita e a meu pai Beto, sem os quais nada disso seria possível.

RESUMO

Este trabalho examina todos os aspectos da interceptação telefônica à luz da Constituição Federal e da Lei 9296/96. Cuidou-se de discorrer sobre os fundamentos constitucionais que dão suporte à interceptação telefônica, além das garantias que limitam sua utilização, como a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade. A partir daí, o estudo traz apontamentos acerca da história dos meios de comunicação e da evolução legislativa pertinente à matéria em exame. Em seguida, busca-se, inicialmente, estabelecer a interceptação telefônica de institutos correlatos, para depois analisar pormenorizadamente os seus procedimentos de realização, destacando-se todos os pressupostos constitucionais, requisitos legais, atuação judicial e autoridades competentes, bem como a tutela que a Constituição Federal dispensa às informações obtidas por meio dessa medida excepcional. Tendo em vista todos esses aspectos, finaliza-se o estudo abordando a utilização das informações obtidas por meio da medida cautelar de interceptação telefônica na investigação criminal e na instrução processual penal.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Lei 9296/96. Procedimentos. Requisitos. Autoridades competentes. Investigação criminal. Instrução processual penal.

ABSTRACT

This work examines all aspects of telephone interception in light of the Federal Constitution and the Law 9296/96. The main goal was to study the constitutional support that was given to wire tapping, and also the guarantees that limit its use, such as human dignity and the right to privacy. Thereafter, the study provides notes on the history of media and legislative developments relevant to the matter under consideration. Then, we seek to, initially, differ the all the telephone interception related institutes, and then analyze in detail the procedures for their implementation, especially, all the constitutional premises, legal requirements, judicial actions and the competent authorities, as well as the protection that the Brazilian Constitution brings for information obtained through this exceptional measure. Considering all these aspects, the study concludes by addressing the use of information obtained through the telephone interception of injunctive relief in a criminal investigation and criminal procedural instruction.

Key-words: Telephone tapping. Law 9296/96. Procedures.Requirementos. Authorities. Criminal investigation. Proceduralinstruction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	9
1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	9
1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PRIVACIDADE.....	12
1.3 VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	16
2 ORIGENS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	17
2.1 O DESENVOLVIMENTO DAS FORMAS DE COMUNICAÇÃO.....	17
2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	19
2.2.1 <i>O Tratamento Constitucional</i>	19
2.2.2 <i>O Código Brasileiro de Telecomunicações</i>	22
2.2.3 <i>A Lei 9.296/1996</i>	24
3 O REGIME JURÍDICO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	24
3.1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES	25
3.1.1 <i>Interceptação Telefônica e Escuta Telefônica</i>	25
3.1.2 <i>Gravação Telefônica</i>	31
3.1.3 <i>Gravação Ambiental</i>	32
3.1.4 <i>Escuta Ambiental</i>	34
3.1.5 <i>Interceptação Ambiental</i>	35
3.2 DIREITO INTERTEMPORAL E APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI	36
3.3 PROCEDIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	36
3.3.1 <i>Considerações Gerais</i>	36
3.3.1.1 <i>Pressupostos da Lei 9296/96: Artigo 5º, inc. XII da CF</i>	36
3.3.1.2 <i>Artigo 5º, inc. XII da CF e o Direito Comparado</i>	39
3.3.1.3 <i>Introdução à Lei 9296/96</i>	43
3.3.2 <i>Autoridades Competentes</i>	65
3.3.3 <i>Requisitos</i>	68
3.3.3.1 <i>Requisitos do Pedido de Interceptação</i>	68
3.3.3.2 <i>Requisitos da Decisão Judicial</i>	72
3.3.4 <i>Procedimento</i>	76
4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A PROVA PENAL	84
4.1 CONCEITO E FINALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	84
4.2 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

A comunicação sempre foi uma seara de grande interesse da humanidade, pois a troca de informações, antes lenta, agora é rápida, quase instantânea, mudança esta que ocorreu, em grande parte, com o advento do telefone.

Junto com o telefone, surgiu também a necessidade do Estado, em alguns casos, mitigar direitos e tomar conhecimento das informações trocadas pelos interlocutores.

Ao mitigar direitos que são constitucionalmente tutelados, importante que se tenha muita cautela, pois a conquista de tais direitos e seu assento na Constituição foi uma batalha travada por muitos brasileiros e que não pode ser desprezada, razão pela qual, mesmo autorizando-se o afastamento do direito à privacidade para se realizar a interceptação telefônica, deve-se atentar para que não haja lesão à dignidade da pessoa humana.

À luz do exposto, procurando aprofundar os conceitos centrais acima delineados, no primeiro capítulo, cuidamos da dignidade da pessoa humana, pois como fundamento da República Federativa do Brasil deve ser observado sempre pelo operador do direito, principalmente nas hipóteses em que direitos são diminuídos, para que se proteja sempre um piso mínimo e intocável. Ainda no primeiro capítulo, procuramos tratar do princípio da privacidade e de sua relação com a interceptação telefônica.

No segundo capítulo, abordamos a evolução dos meios de comunicação, iniciando com o desenvolvimento das formas de comunicação, para depois estudar a história da legislação brasileira referente à privacidade e à interceptação telefônica.

Em seguida, no terceiro capítulo, buscamos estrear a interceptação telefônica de institutos correlatos e também abordar o procedimento da interceptação telefônica de forma minudenciada, traçando inicialmente uma leitura constitucional da Lei 9296/96, para posteriormente discorrer acerca das autoridades competentes, dos requisitos para se realizar a interceptação e, finalmente do procedimento que instrumentaliza a interceptação.

Por fim, no quarto capítulo encerramos o estudo com a abordagem da temática interceptação telefônica e a prova penal, especificamente, analisando a finalidade da interceptação telefônica no contexto da prova penal para, em seguida, arrematar o estudo com a ilicitude das provas, objetivando verificar o tratamento a ser dado às informações obtidas por meio do procedimento em comento, o que permitirá rotular a prova obtida como ilícita ou lícita, podendo ser utilizada ou não na investigação criminal ou na instrução processual penal.

1A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O início de todas as construções jurídicas deve sempre ser pautado na dignidade da pessoa humana, o que erige esse princípio constitucional a uma posição de grande relevância em nosso e em muitos outros ordenamentos jurídicos na contemporaneidade.

Iniciaremos o estudo desse importante princípio com o entendimento das palavras que compõem a expressão dignidade da pessoa humana, sendo que dignidade, conforme Aurélio Buarque de Holanda, provém do latim *dignitate*, significando “Autoridade moral; honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade; respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor.”¹

Em seguida, devemos analisar o significado de pessoa, que segundo o mesmo autor supracitado, provém do latim, *persona*, significando “Homem ou mulher.”² e humana, que tem sua raiz também no latim, *humanu*, e significa “Pertencente ou relativo ao homem. Bondoso, humanitário.”³.

Visto esse significado inicial, devemos acentuar o fato de que a dignidade humana constitui o princípio central do ordenamento jurídico brasileiro, referido expressamente pela Constituição Federal de 1988 no seu inciso III do Art. 1º, alocado dentro do Título I, que foi rotulado de Princípios Fundamentais. Com efeito, a redação do artigo inaugural de nossa Lei Maior designa a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que dispensa maiores comentários em relação à sua importância, pois o princípio em comento é um dos fundamentos, isto é, um dos pilares que formaram nosso Estado.

Tento em vista a localização topográfica e a abstração do princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se de norma de grande carga valorativa, devendo estar enraizada na mente do aplicador do direito, para que zele por sua correta aplicação em todos os casos concretos.

Assim como a Constituição Brasileira faz referência à dignidade da pessoa humana, outros ordenamentos jurídicos também trazem, de maneira expressa, esse importantíssimo

¹ FERREIRA, A. B. H. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 589.

² *Ibid*, p. 1321.

³ *Ibid*, p. 908.

princípio, de tal sorte que podemos mencionar a Constituição de Portugal⁴, que faz referência ao princípio em seu artigo inaugural. A Constituição da Alemanha⁵ trata do princípio no art.1º, item 1. A Constituição da Espanha⁶, no art. 10, item 1. A Constituição Mexicana⁷, no art. 1º. A Constituição de Angola também traz previsão do princípio em comento no art. 1º⁸.

Como podemos perceber, no direito comparado, a previsão expressa da dignidade da pessoa humana no texto constitucional foi um avanço que diversos países já adotaram, de tal sorte que, dada sua importância, torna-se clara a necessidade de que tal princípio tenha assento constitucional e que sua localização topográfica seja sempre no início do texto.

Como salientamos, em regra, a localização do princípio em comento já carrega, por si só, uma mensagem implícita do constituinte, visando demonstrar sua importância no ordenamento jurídico nacional.

Nesse ponto, necessário se faz trazer um conceito doutrinário para a dignidade da pessoa humana, sendo que podemos mencionar o conceito proferido por Guilherme Amorim, no Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional:

Direito fundamental integrante da categoria de direitos negativos ou de defesa, também denominados direitos individuais ou de liberdade. Proclama o valor distinto da pessoa humana e tem, como consequência lógica, a afirmação de direitos específicos de cada ser humano, sem distinções de gênero, raça, cor, credo, sexo e outras. Objetivo e fundamento dos direitos humanos, dá unidade ao sistema constitucional brasileiro.⁹

Ao aprofundar a matéria, devemos citar os ensinamentos de Alexandre de Moraes, que esclarecem esse importante princípio:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se

⁴ PORTUGAL. Constituição. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁵ ALEMANHA. Constituição. Disponível em: <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁶ ESPANHA. Constituição. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&tipo=2>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁷ MÉXICO. Constituição. Disponível em: <http://www.catastrolatino.org/documentos/foros_tematicos_IGAC/foro%20I/legislacion/adjuntos%20mexico/constitucion_politica_estados_mexicanos.pdf> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁸ ANGOLA. Constituição. Disponível em: <http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁹ DIMOULIS. Dimitri (Coord.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114.

manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;¹⁰

Reafirmando essa visão trazida por Alexandre de Moraes, Guilherme Amorim trata da dignidade da pessoa humana como elemento mínimo invulnerável:

Apesar de a dignidade da pessoa humana ser conceito sujeito a múltiplas interpretações, há certo consenso, na doutrina, acerca de tratar-se de princípio de direito fundamental, o qual determina interpretação sobre os direitos das pessoas, revelando um *minimum* jurídico invulnerável que todo estatuto político deve assegurar.¹¹

Visto esse ponto inicial, importante aprofundar com as lições que Paulo Bonavides traz acerca da dignidade da pessoa humana, quando então, depreendemos que esse mínimo jurídico invulnerável deverá nortear todo o ordenamento pátrio, inclusive, na atuação prática dos agentes públicos:

Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na práxis dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania são, do mesmo passo, titulares e destinatários da ação de governo, representa uma exigência e imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.¹²

Ademais, José Afonso da Silva aponta algumas características interessantes a respeito da dignidade da pessoa humana:

Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.

¹¹ DIMOULIS, 2007, p. 115.

¹² BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 232

Repetimos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que afirma o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.¹³

José Afonso da Silva, como pode-se perceber, define a dignidade como um valor supremo, um valor fundante da República Federativa do Brasil, razão pela qual, seus ditames devem atingir todas as relações jurídicas no território nacional.

Em suma, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, deve ser obrigatoriamente sopesada pelo aplicador do direito, notadamente nas hipóteses em que há limitação de direitos constitucionalmente garantidos, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de interceptação telefônica, de onde inferimos ser inegável a necessidade de se iniciar qualquer estudo fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, especificamente no que tange à interceptação telefônica, devemos salientar a necessidade de a dignidade da pessoa humana atuar como elemento norteador da conduta dos sujeitos responsáveis por todos os atos relacionados ao procedimento de interceptação telefônica, pois se, por algum motivo, a conduta se desviar daquilo que a dignidade da pessoa humana preconiza como correto, estaríamos diante de uma atuação ilegítima por parte do Estado, o que jamais poderá ser aceito em um Estado Democrático de Direito.

1.2 Considerações Gerais sobre a Privacidade

Quando falamos em interceptação telefônica, de maneira indissociável, é preciso tratar da privacidade, pois tal princípio é excepcionado quando da realização de uma interceptação telefônica.

Preliminarmente, devemos fazer referência ao dispositivo constitucional que trata do assunto em comento, o art. 5º, inciso X, que aduz “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;”¹⁴.

Percebemos acima, que o texto constitucional prevê a inviolabilidade de quatro direitos, quais sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, trazendo também

¹³ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 7. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, 1988.

reprimenda para o caso de violação de algum deles, consistente na indenização pelo dano material ou moral.

Aqui, cabe fazer breve esclarecimento em relação à denominação do presente item em estudo, pois fizemos referência somente ao direito de privacidade e não aos outros direitos arrolados no Art. 5º, inc. X da Constituição. A razão de tal denominação é que adotamos a concepção proposta por José Afonso da Silva, que esclarece ter a privacidade maior amplitude, o que suplanta sua alocação como gênero em relação aos outros direitos mencionados no inciso em análise.¹⁵

José Afonso da Silva esclarece essa questão terminológica, explicando sua denominação da seguinte forma:

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico, amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.¹⁶

Visto esse aspecto terminológico, abordaremos cada um dos direitos acima arrolados à luz da teoria alemã dos círculos concêntricos, elaborada pelo jurista alemão Heinrich Henkel.¹⁷

Preliminarmente, o doutrinador supramencionado traça a diferença entre as esferas individual e privada, pois sustenta que o homem desenvolve suas atividades quotidianas nessas duas esferas.¹⁸

Paulo José da Costa Jr. explica em que consistem as esferas individual e privada da seguinte maneira:

Os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da vida privada, ao contrário, cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior.¹⁹

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 206.

¹⁶ Ibid, p. 206.

¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 23.

¹⁸ Ibid, p.23.

¹⁹ Ibid, p.23.

Ora, notamos do trecho acima transcrito que a doutrina alemã sugere a existência de uma vida pública, limitada por uma série de direitos na esfera individual e, também, afastando-se mais da vida pública teríamos a vida privada.

Paulo José da Costa Jr. aprofunda a explicação das esferas individual e privada, lecionando o seguinte:

Às condutas encobertas corresponde o “eu privado”. Às condutas abertas, o “eu social”, que transita na esfera individual.

Prevalece o interesse pela vida de relação na esfera individual (Individualsphere). Dentre as mais importantes manifestações da esfera individual, são enumerados o direito ao nome e à reputação. Aquele, assegurando ao indivíduo, diante de eventuais abusos de terceiros, a própria individualidade. Este, possibilitando-lhe pretender assegurar a estima social, escudando-se contra os ataques difamatórios dos concidadãos. Contrapõe-se à esfera individual a esfera particular ou privada. Aqui, não se trata mais do cidadão no mundo, relacionado com os semelhantes, como na esfera individual. Trata-se, pelo contrário, do cidadão na intimidade, ou no recato, em seu isolamento moral, convivendo com a própria individualidade.²⁰

Paulo José da Costa Jr., em seguida, avança na análise da teoria dos círculos concêntricos e traz à baila a teoria de Traverso, destacando a importância em estremar, no que tange à vida privada, o *diritto allasegretezza* e o *diritto allariservatezza*. Sinteticamente, cabe transcrever a passagem em que o autor explica a diferença:

O *diritto allasegretezza* (ou *diritto alrispetto della vita privata*) consiste no direito de impedir que a atividade de terceiro venha a conhecer, ou descobrir, as particularidades da vida privada alheia. Tem, assim, o cidadão o direito de impedir que intrusos venham a intrometer-se na sua esfera particular.

O *diritto allariservatezza* (*riserbo, privatezza*) é sucessivo ao *diritto allasegretezza*. Consiste em a pessoa defender-se da divulgação de notícias particulares, mas legitimamente conhecidas pelo divulgador.²¹

Do excerto supratranscrito, notamos que o *diritto allasegretezza* tem uma função preventiva, isto é, objetiva tutelar a vida privada antes que terceiro venha a conhecer fatos acerca da vida alheia. Já o *diritto allariservatezza* tem uma atuação repressiva, que procura diminuir os estragos já causados por terceiros que tomaram conhecimentos de informações da vida privada alheia, ou seja, busca evitar que sejam divulgadas as informações legitimamente conhecidas.

Pois bem, ao aprofundar a análise da temática, pudemos perceber que a doutrina alemã proposta por Heinrich Henkel acentua que o ser humano tem uma vida pública, a qual é limitada por uma série de direitos constantes da esfera individual. Esta esfera individual tem por escopo

²⁰ COSTA JÚNIOR, 2007, p. 24.

²¹ Ibid, p. 25.

proteger a personalidade, buscando restringir aquilo que é considerado vida pública quando há lesão à personalidade.²²

Outrossim, importante esclarecer que, quando falamos na teoria alemã dos círculos concêntricos, devemos perceber que Heinrich Henkel utiliza essa forma de representação gráfica (círculos concêntricos) somente para demonstrar os níveis em que subdivide a vida privada, de tal sorte que o autor não traz, em seu famoso esquema dos círculos, uma representação da vida pública, nem da vida pública limitada pela esfera individual, como descrevemos acima.²³

Como dito, Heinrich Henkel faz a representação somente da vida privada, com três círculos concêntricos, sendo que o círculo externo representa a esfera privada, o círculo intermediário, a esfera da intimidade ou da confiança e, por fim, interno que representa a esfera do segredo.²⁴

O que percebemos da representação dos círculos é que quando avançamos da esfera mais externa para a esfera interna, a intimidade fica cada vez mais restrita, isto é, quando passamos da esfera privada para a esfera da intimidade ou da confiança há uma restrição da intimidade e quando passamos desta para a esfera do segredo, atingimos o grau máximo de restrição da intimidade.

Cabe-nos agora analisar cada uma dessas esferas, com o fito de verificar em que consiste cada uma delas, iniciando nosso estudo com a esfera privada. A esfera privada é explicada por Paulo José da Costa Jr. ao dizer que “Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *sticto senso* (Privatsphäre). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público.”²⁵

Ao avançarmos, chegamos à esfera da intimidade ou confidencial que, segundo Paulo José da Costa Jr., é explicada da seguinte maneira:

Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo as conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quavis ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade.²⁶

²² COSTA JÚNIOR, 2007, p. 25.

²³ Ibid, p. 24.

²⁴ Ibid, p. 24.

²⁵ Ibid, p. 30.

²⁶ Ibid, p. 29.

Por fim, temos a esfera do segredo, que é a mais restrita, isto é, poucas pessoas ou somente o próprio indivíduo tem acesso a essas informações. Paulo José da Costa Jr. explica essa esfera da seguinte maneira:

Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa.²⁷

Vistos estes aspectos da teoria de Heinrich Henkel, devemos aplicar tais conceitos à interceptação telefônica, razão pela qual devemos analisar em qual ou em quais esferas do círculo proposto pelo autor alemão a interceptação telefônica atuaria.

1.3 Violação à Privacidade e Interceptação Telefônica

Quando adotamos a teoria dos círculos concêntricos podemos perceber, claramente, que a Lei 9296/96 não tem por escopo obter informações que estão disponíveis publicamente, ou seja, informações que estão alocadas na esfera da vida pública, mas sim, na esfera da vida privada do interlocutor.

A comunicação telefônica poderá conter em seu bojo informações que transitem em todas as esferas propostas por Heinrich Henkel, pois poderão ser divulgadas questões relativas à vida pública, à vida privada, à intimidade ou ao segredo.²⁸

Com efeito, a conversa telefônica travada entre dois interlocutores poderá tratar de inúmeros assuntos da vida cotidiana dos interlocutores, como a intimidade da família, acontecimentos públicos ou particulares, bem como, também, sobre possíveis infrações penais, o que justifica a adoção da medida cautelar excepcionalíssima da interceptação telefônica.

Ocorre que, em virtude desse amplo espectro de assuntos que podem ser objeto da conversa telefônica, faz-se necessário ter muito cuidado no tratamento das informações colhidas por meio do procedimento de interceptação de conversas telefônicas, pois do mesmo modo que a Lei 9296/96 e a Constituição Federal permitem que haja a devassa em certos casos, em outros, tais diplomas pregam a rigorosa proteção das informações obtidas.

²⁷ COSTA JÚNIOR, 2007, p. 31.

²⁸ Ibid, p. 24.

A razão de se proteger as informações em certos casos é evidente, pois como obtemperamos, elas poderão estar associadas à vida privada, à intimidade ou mesmo ao segredo, devendo por isso ser protegidas a todo custo quando não estiverem umbilicalmente ligadas aos casos em que a Constituição admite que se utilize a interceptação telefônica para o deslinde de questões ligadas à esfera penal.

Concluindo, é possível asseverar que se faz necessária uma atuação esmerada por parte das autoridades responsáveis pela realização da interceptação telefônica, de tal sorte que a única conduta constitucional será a que crie uma barreira protetora de todas as informações obtidas no processo da interceptação telefônica, podendo-se pinçar somente as informações específicas e estritamente necessárias para esclarecer a infração penal que fundamenta essa medida cautelar excepcionalíssima.

2 ORIGENS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 O Desenvolvimento das Formas de Comunicação

A contemporaneidade erige como um de seus pilares sustentadores a informação. Tal elemento, modernamente, está presente na vida de grande parte da população mundial, o que acaba tornando o homem totalmente dependente da informação e, conseqüentemente, da tecnologia associada a essa informação.

O tratamento e a dependência da informação, contudo, nem sempre foi esse. Aliás, é forçoso notar que a sociedade tem sofrido profundas mudanças com o advento de novas formas de disseminação da informação, dentre elas, podendo-se destacar como uma das mais recentes a internet, consistente na união da rede mundial de computadores por meio de diferentes tecnologias de comunicação e informática, que surgiu na década de 1950 e atingiu grande popularidade nos anos de 1990, quando cerca de 40 milhões de pessoas utilizaram esse sistema através de computadores conectados²⁹.

No início, em virtude das grandes distancias que medeiam os continentes, a informação era precária, uma vez que a comunicação estava limitada ao alcance dos órgãos sensoriais do homem, isto é, quando houvesse necessidade de transmitir uma mensagem, era imperioso que

²⁹GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 13. p. 3199.

uma voz chegasse ao ouvido de outra pessoa ou que uma mensagem escrita chegasse ao campo visual de seu destinatário³⁰.

À época, quando não era possível essa transmissão imediata da informação, fazia-se necessário transportar a mensagem escrita até seu destinatário, trabalho este realizado por animais ou até mesmo pelo homem, o que permite resgatar o vetusto exemplo passado na Grécia Antiga, quando um soldado grego voltou a Atenas correndo para informar a vitória na batalha de Maratona, caindo morto ao final da longa jornada de 40 quilômetros.³¹

Outros povos, porém, utilizam interessantes mecanismos para ampliar e acelerar a disseminação das informações, sendo que, para tanto, criaram um código de sinais que eram transmitidos e amplificados por sinais de fumaça. Os índios norte-americanos foram os criadores de tal inovação, principalmente, porque viviam em grandes campos abertos, o que fez com que constatassem a possibilidade de se utilizar essa característica da geografia local para criar um meio de disseminar a informação por dezenas de quilômetros.³²

As tribos africanas, por outro lado, como viviam no interior de florestas (o que restringia o âmbito visual) utilizavam um código sonoro transmitido por tambores.³³

A civilização ocidental, por seu turno, utilizou códigos visuais com bandeiras, sinais heliográficos transmitidos com espelhos ou auditivos, com apitos e cornetas, porém, grande avanço foi atingido com a descoberta da eletricidade, o instrumento que permitiu a invenção do telégrafo.³⁴

A eletricidade representou um grande passo para a humanidade em razão da possibilidade de sua utilização para o desenvolvimento de diversas atividades, nos mais variados ramos de atuação humanos, dentre eles, a comunicação.

Os estudos de Samuel Morse possibilitaram a utilização da energia elétrica para transmitir informações entre longas distâncias, pois concluiu que a corrente elétrica detinha duas características importantes, ela podia conduzir sons e também produzir movimentos.³⁵

Descobertas essas duas principais propriedades da corrente elétrica, Samuel Morse criou um código pelo qual sons e movimentos simples adquirissem significados e construiu

³⁰ ENCICLOPÉDIA ABRIL. São Paulo: Editora Abril, 1972. v. 3. p. 1031.

³¹ Ibid, p. 1031.

³² Ibid, p. 1031.

³³ Ibid, p. 1031.

³⁴ Ibid, p. 1031.

³⁵ Ibid, p. 1031.

transmissores e receptores apropriados para realizar o envio e o recebimento das informações por meio da corrente elétrica.³⁶

Esse código elaborado por Samuel Morse, em 1837, consistia em pontos e traços. O ponto significava um sinal breve e o traço um sinal mais longo. A combinação desses traços e pontos poderia formar qualquer letra do alfabeto, em um código pré-definido, que ficou conhecido como Código Morse.³⁷

Posteriormente, em 1854, o francês Charles Bourseul iniciou experimentos que traçaram os primeiros passos da telefonia, verificando que uma placa móvel interposta em um circuito cortado por suas vibrações acústicas poderia gerar uma corrente que era capaz atingir outra placa móvel e reproduzir o som que fizera vibrar a primeira placa.³⁸

Tendo por base esses conceitos, o cientista alemão Phillip Reisse criou em 1861 um aparelho que era capaz de transmitir e receber música, mas como o invento era incapaz de reproduzir o timbre e a intensidade do som original, o invento não era capaz de transmitir a voz humana corretamente.³⁹

Em 1876, Alexander Graham Bell, logrou êxito em patentear sua invenção, sendo então considerado o inventor do telefone. A máquina criada por Alexander Graham Bell tinha funcionamento simples e “Constituíam-se de um ímã permanente cuja armadura era composta de uma membrana de ferro doce. Os enrolamentos à volta do ímã, em contato, através de dois fios, com outro aparelho similar, completavam o telefone.”⁴⁰

Por fim, o avanço mais recente na seara das comunicações é o surgimento da Rede Internacional de Computadores, em 1950, no início, para uso militar em caso de ataques nucleares e, posteriormente, estendendo-se à população em geral, atingindo em 1990, 40 milhões de usuários.⁴¹

2.2 Evolução Legislativa da Interceptação Telefônica

2.2.1 O Tratamento Constitucional

³⁶ ENCICLOPÉDIA ABRIL, 1972, p. 1031.

³⁷ GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 23. p. 5622.

³⁸ ENCICLOPÉDIA ABRIL, 1972, p. 1034.

³⁹ Ibid, p. 1034.

⁴⁰ Ibid, p. 1034.

⁴¹ GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, 1998, v. 13, p. 3199.

O histórico das constituições brasileiras representa importante ponto de estudo quando da análise da interceptação telefônica, pois possibilita dissecar a evolução de um tema umbilicalmente ligado à interceptação, qual seja, a privacidade.

A Carta Imperial Brasileira de 1824, no Título 8, art. 179, inciso XXVII, preceituava que “O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo.”⁴²

O texto de 1824 iniciou a tutela constitucional da privacidade, afirmando a inviolabilidade das cartas, inclusive, imputando responsabilidade à administração dos Correios em caso de violação do comando constitucional.

O tratamento despendido por parte da Constituição de 1824 acerca da privacidade é bastante preciso e adaptado às necessidades da época, enfocando especificamente as cartas, que eram o meio de dispersão de informações mais utilizado à época. O texto acima transcrito, ademais, traz a evidente preocupação do constituinte com a atuação dos Correios, inclusive, buscando materializar a proteção aos valores trazidos pela Constituição de 1824 ao fazer referência à responsabilização da administração dos Correios.

Avançando na história, surge a Constituição Republicana de 1891, que trouxe algumas modificações no tratamento da privacidade, conforme pode-se depreender da análise do Art. 72, § 18, “É inviolável o sigilo da correspondência.”⁴³

A Constituição de 1891 traz como principal modificação a retirada da responsabilização da administração dos Correios em caso de violação do sigilo das correspondências. Evidente que o constituinte de 1891 procura ampliar o espectro de aplicação da norma disposta no parágrafo supracitado, uma vez que fala agora em sigilo das correspondências e não mais das cartas.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, correspondência é a “Troca de cartas, bilhetes e telegramas.”⁴⁴, ou seja, pode-se perceber a maior amplitude da palavra correspondência em relação à carta, pois esta é uma espécie do gênero correspondência.

Ademais, ao analisar a redação do *caput* do artigo 72, depreende-se que houve uma extensão da tutela constitucional aos estrangeiros, antes não mencionados pelo texto constitucional precedente.

As constituições posteriores, de 1934, 1937 e de 1946 não trouxeram grandes avanços.

⁴² Brasil. Constituição Política do Império do Brazil (1824). Rio de Janeiro, 1824.

⁴³ Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891). Rio de Janeiro, 1891.

⁴⁴ FERREIRA, 1993, p. 484.

A Constituição de 1934 tratou do tema no Artigo 113, item 8, com redação semelhante ao texto de 1891.

A Norma Ápice de 1937, não apresentou diferenças significativas, mas modificou a redação, em relação às Constituições de 1891 e de 1934. O Art. 122, item 6, do diploma em comento, assegura “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”⁴⁵.

Em 1946, o comando constitucional sob o assunto em exame dizia “É inviolável o sigilo da correspondência.”⁴⁶, o que faz transparecer a simples mudança de redação do dispositivo, sem muitos avanços em relação aos textos anteriores.

O ordenamento brasileiro incorporou grande modificação no texto de 1967, pois em virtude de inovações tecnológicas previu expressamente o tratamento jurídico das comunicações telefônicas.

Conforme assentado anteriormente, o telefone foi criado por volta de 1876 por Alexander Graham Bell, vindo a ser incorporado no direito brasileiro somente com a 1967, ou seja, 91 anos após a invenção deste importantíssimo meio de comunicação.⁴⁷

A demora em acrescentar o regime jurídico aplicável às comunicações por meio do telefone, contudo, não significa que o telefone demorou para chegar ao Brasil. No mesmo ano em que o telefone foi patenteado por Alexander Graham Bell e apresentado na Exposição do Centenário nos Estados Unidos da América, Dom Pedro II, imperador do Brasil, compareceu à feira e conheceu o invento do cientista escocês.⁴⁸

Logo depois, em 1877, Dom Pedro II ordenou a instalação de linhas telefônicas interligando o Palácio do Quinta da Boa Vista às residências dos seus Ministros, o que representou o surgimento do telefone no Brasil.⁴⁹

Diante do exposto, pode-se perceber que o texto constitucional demorou sobremaneira para incorporar as inovações que rapidamente chegaram ao país, mas que foram descritas na Constituição de 1967 no Artigo 150, § 9, que dizia “São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.”⁵⁰. Adicionalmente, importante ressaltar que a Emenda 1 de 1969 manteve a previsão descrita acima no Artigo 153, § 9.

⁴⁵ Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). Rio de Janeiro, 1937.

⁴⁶ Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Rio de Janeiro, 1946.

⁴⁷ ENCICLOPÉDIA ABRIL, 1972, p. 1034.

⁴⁸ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. História da Telefonia. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/o-ministerio/historico/historia-da-telefonica>> Acesso em: 07 janeiro 2012.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). Brasília, 1967.

Por fim, com o advento da Constituição de 1988, o artigo 5º, inciso XII passou a regulamentar as comunicações telefônicas, preceituando o seguinte:

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;⁵¹

2.2.2 O Código Brasileiro de Telecomunicações

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117/1962) surgiu e prontamente foi questionado pela doutrina em razão de algumas disposições que pareciam não se coadunar com a Constituição de 1946.

O diploma em questão foi sobremaneira importante pois trouxe diversas inovações e definições, dentre elas, a competência da União para manter e explorar o Sistema Nacional de Telecomunicações, a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações, tratou dos serviços de telecomunicação, criou o Fundo Nacional de Telecomunicações, definiu infrações e penalidades, bem como tratou de taxas e tarifas ligadas às comunicações telefônicas. Ressalta-se, porém, que nem todas as inovações trazidas na lei em comento eram criticadas pela doutrina.

Com efeito, a crítica restringia-se a um dispositivo da Lei 4117/1962, que não era compatível com a Constituição de 1946, pois esta não trazia nenhum tipo de exceção ao sigilo das correspondências. Importante notar que a Constituição de 1946 não fazia qualquer referência à telecomunicação, mas sim, somente, à correspondência. À telecomunicação, como visto, só se fez expressamente referência na Constituição de 1967, editada pouco depois do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Ora, o Código em comento surgiu ainda sob a égide da Constituição de 1946, que não previa nenhum tipo de exceção ao sigilo das correspondências, mas mesmo assim, a Lei 4117/1962 surgiu e previu expressamente no Artigo 57 uma exceção ao que dispunha a Constituição vigente, pois autorizava a violação da telecomunicação em relação a dados, desde que autorizado pelo juiz competente, mediante requisição ou intimação.

Vicente Greco Filho explica como a doutrina interpretou essas questões, preceituando:

⁵¹ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, 1988.

Esse texto era questionado em face da Constituição vigente, eis que esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional.

Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e doutrinárias que sustentavam a compatibilidade do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizado com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves.⁵²

Ora, diante da clara explicação, é evidente que a compatibilização era possível, mas também deve-se perceber que, em virtude de a Constituição de 1946 ser anterior ao Código Brasileiro de Telecomunicações, ela não contemplava dispositivo que afastava indubitavelmente as discussões que surgiam em situações onde o sigilo das comunicações era excepcionado.

As Constituição de 1967 e a Emenda 1 de 1969 também não permitiram o deslinde de tais dúvidas, pois não trouxeram previsão no sentido de autorizar a quebra do sigilo das telecomunicações.

Com efeito, pretendeu-se afastar as polêmicas e discussões com o advento da Constituição de 1988, que, expressamente, instituiu ressalva ao sigilo das telecomunicações, no Artigo 5º, inciso XII, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Porém, a pretensão do constituinte de 1988, infelizmente, não foi atingida, uma vez que surgiu um novo questionamento.

O novo problema encontrado pela doutrina era relativo à necessidade de norma específica regulamentadora àquilo que dispunha o Artigo 5º, inciso XII da Constituição de 1988.

Ora, o inciso acima mencionado diz:

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;⁵³

O inciso XII, supramencionado, deve ser analisado atentamente, de onde podemos perceber que o constituinte permite, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas, por ordem judicial.

Contudo, o constituinte vai além e ressalva que tal violação somente poderá ocorrer nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

⁵² GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 2.

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, 1988.

Ademais, restringe ainda mais o espectro de aplicação da norma em análise ao afirmar que a quebra do sigilo somente poderá ocorrer em duas situações especiais, ou seja, quando necessário à investigação criminal ou à instrução processual penal.

Parece claro, assim, que a Lei Maior de 1988 clama por norma regulamentadora.

O Supremo Tribunal Federal opinou, inclusive, nesse sentido, no H.C. 73.351-4 SP, conforme relatou o Ministro Ilmar Galvão:

Efetivamente, a Constituição Federal consagra no artigo 5º em seu inciso XII a inviolabilidade das telecomunicações. Por outro lado, veda a utilização da prova ilícita na processo penal. Está claro, portanto, que a utilização da degravação da escuta telefônica como meio de prova está absolutamente proibida, mesmo que no caso haja autorização judicial, isto tudo porque ainda pende de regulamentação a questão da quebra desta inviolabilidade para os casos de persecução penal, face à não recepção do Código das Telecomunicações como o autorizativo legal.⁵⁴

Com a decisão acima, o Supremo Tribunal Federal encerrou a polêmica existente, pois decidiu que o texto constitucional depende de regulamentação feita por lei específica.

2.2.3 A Lei 9.296/1996

A Lei 9296 de 24 de julho de 1996 foi editada com o escopo de regulamentar o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, acabando, assim, com todas as polêmicas que envolvem a quebra do sigilo telefônico, porém, novamente, outros problemas surgiram, conforme analisaremos posteriormente.

Assim, podemos perceber que os problemas que orbitam as exceções ao sigilo das comunicações telefônicas são objeto de discussão há muito tempo, tanto por parte da doutrina quanto por parte da jurisprudência, razão pela qual faz-se necessário, antes de analisar a questão propriamente dita, estabelecer alguns conceitos prévios e imprescindíveis à correta compreensão da matéria, que constituem verdadeiros pressupostos para que o operador do direito possa se aprofundar na temática das interceptações telefônicas.

3 REGIME JURÍDICO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 73351-4 SP. José Pereira da Rosa e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Min. Ilmar Galvão. Acórdão 09/05/1996.

3.1 Esclarecimentos Preliminares

3.1.1 Intercepção Telefônica e Escuta Telefônica

Preliminarmente, antes de perquirir o conceito jurídico de intercepção telefônica, faz-se necessário apreender o significado da palavra intercepção.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, interceptar (do latim *intercepto* + *-ar*) algo consiste em “interromper no seu curso; reter, deter, empolgar (o que era destinado a outrem)”⁵⁵.

Isto posto, pode-se, *prima facie*, perceber que o significado acima descrito não se compatibiliza com o significado jurídico de interceptar, isto é, o sentido de interceptar para o Direito, notadamente, para a Lei 9.296/1996, é diverso do sentido idiomático supracitado.

A doutrina de forma uníssona faz essa diferenciação, de tal sorte que podemos transcrever os esclarecedores dizeres de Luiz Flávio Gomes a respeito do tema:

Como põe em toda doutrina, interceptar (de *intercepto* + *ar*) significa, etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar, reter, empolgar. Do ponto de vista jurídico (mais precisamente da Lei 9.296/1996) a palavra “intercepção” não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma “comunicação telefônica” não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la.”⁵⁶

Ora, como apresentado acima, o conceito jurídico de intercepção apresentado pela Lei 9.296/1996 é bastante diferente, uma vez que na intercepção, no aspecto jurídico, não ocorre nenhum tipo de interrupção, de corte, de impedimento no curso das informações. Na intercepção telefônica, caso o fluxo de voz mantido entre os interlocutores sofresse algum tipo de influência externa que impedisse a concretização da chegada das informações, não haveria nenhum sentido em realizar a intercepção telefônica, razão pela qual nos resta agora verificar qual seria o conceito de intercepção telefônica para a lei acima referida.

⁵⁵ FERREIRA, 1993, p. 957.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. Intercepção telefônica: lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

Inicialmente, para que seja possível traçar um significado correto para a interceptação telefônica, mister se faz verificar qual seria o objetivo de uma interceptação telefônica, conforme descreve a Lei 9.296/1996.

Sem muitas dificuldades, é possível notar que o escopo da interceptação telefônica consiste em angariar informações que estão fluindo entre os interlocutores durante uma conversa telefônica.

Partindo-se desta simples constatação, percebemos a diferença entre o sentido idiomático de interceptação acima descrito e o sentido que exsurge da Lei 9.296/1996, pois para a lei não há nenhum tipo de interrupção, mas sim a captação do fluxo de informações entre os interlocutores. Este aspecto é notado por Luiz Flávio Gomes, que sinteticamente, diz que “Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação”⁵⁷

Outro ponto nevrálgico na conceituação é apresentado por Vicente Greco Filho ao dizer que a interceptação telefônica “(...) é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente, gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles.”⁵⁸

Ora, a lição acima transcrita permite-nos depreender que a interceptação telefônica deverá ser realizada por terceira pessoa, isto é, por pessoa diversa dos interlocutores.

Vistos os aspectos principais da interceptação telefônica, é forçoso concluir que a interceptação telefônica consiste na captação, por terceira pessoa, do fluxo de informações que é trocado entre dois ou mais interlocutores. Luiz Flávio Gomes assim define a interceptação telefônica “(...) interceptação telefônica (em sentido estrito), portanto, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores.”⁵⁹

Ademais, a doutrina brasileira criou uma classificação para interceptação telefônica, com o escopo de diferenciá-la de outros institutos parecidos, mas que a legislação trata de maneira diferente, como é o caso da interceptação ambiental, escuta ambiental, gravação ambiental, gravação telefônica e escuta telefônica.

Preliminarmente, é imperioso analisar a estrutura da classificação criada pela doutrina brasileira no que tange à interceptação telefônica.

⁵⁷ GOMES, 1997, p. 95.

⁵⁸ GRECO FILHO, 1996. p. 4.

⁵⁹ GOMES, 1997, p. 95.

A interceptação telefônica, em sentido amplo ou interceptação telefônica *lato sensu* corresponde ao gênero, que é dividido em duas espécies, a interceptação telefônica *strictosensu*, a escuta telefônica.

Outrossim, a doutrina faz referência à gravação ambiental, escuta ambiental, interceptação ambiental e à gravação clandestina.

Antes de analisar os conceitos dos institutos acima mencionados, devemos perquirir a qual ou a quais deles a Lei 9296/1996 faz referência, o que pode ser verificado na redação do Artigo 1º da lei supramencionada, que reza:

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.⁶⁰

Percebe-se, acima, que o artigo fala em interceptações telefônicas de qualquer natureza, razão pela qual, devemos nos socorrer da doutrina para entender a qual dos institutos antes mencionados a expressão “qualquer natureza” faz referência.

Vicente Greco Filho toma o seguinte posicionamento a respeito da abrangência da expressão acima:

Ainda no capítulo das observações preliminares, é importante fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente, gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles. Esta é que caracterizará o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais; a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine.⁶¹

Como visto na transcrição acima, Vicente Greco Filho entende que a Lei 9296/1996, quando faz referência às interceptações telefônicas de qualquer natureza, objetiva tratar unicamente da interceptação *strictosensu*. O autor acima, arremata que “A lei não disciplina,

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

⁶¹ GRECO FILHO, 1996, p. 5.

também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores.”⁶²

Luiz Flávio Gomes, porém, entende de forma diversa da apresentada acima, uma vez que julga mais abrangente a expressão “de qualquer natureza”, o que fica evidenciado quando leciona o seguinte:

Estamos convencidos de que é a vontade da lei, aqui, abarcar tanto a interceptação em sentido estrito quanto a escuta telefônica. Porque ambas consistem em processos de captação de comunicação alheia. Estão fora do regime jurídico instituído pela Lei 9296/1996, conseqüentemente, a gravação ambiental, a interceptação ambiental, assim como a escuta ambiental, como veremos logo abaixo.⁶³

De outra banda, Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos também aborda a discussão acerca do alcance da Lei 9296/1996 e sintetiza dizendo que “(...) 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.”⁶⁴

Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos vai além ao analisar a abrangência da Lei em comento, ao asseverar que:

Torna-se imprescindível delimitar o âmbito de atuação da lei em questão, não somente em nome da segurança jurídica, mas também em função da previsão contida em seu art. 10, no qual há a previsão da interceptação ilícita como crime. Trata-se de tipo penal que criminaliza a conduta de “grampear” comunicações telefônicas alheias, trazendo, como conseqüência fundamental, a imperiosa necessidade de descobrir o real sentido do conceito de interceptação telefônica.

Assim, finalizando sinteticamente o assunto, conclui-se que somente a gravação feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada, como já se disse, de gravação clandestina ou ambiental, não é considerada, nem está disciplinada pela lei sobredita.⁶⁵

Por fim, o autor em referência, conclui dizendo que “A chamada gravação clandestina ou ambiental não é interceptação, nem está disciplina pela Lei 9296/1996 e também inexistente tipo penal que a incrimine.”⁶⁶

Ada Pellegrini Grinover também trata do assunto, conforme pode-se depreender o trecho abaixo:

Por mais amplitude que se pretenda atribuir ao conceito, permanece ele limitado à

⁶² GRECO FILHO, 1996, p. 5.

⁶³ GOMES, 1997, p. 104.

⁶⁴ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Interceptação Telefônica. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.

⁶⁵ Ibid, p. 58.

⁶⁶ Ibid, p. 58.

escuta e eventual gravação da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores. Somente a "*terzietà*", referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação. Não diversa é a posição do ordenamento brasileiro, porquanto o art.151, § 1º, II e III, do Código Penal, tipifica a violação de comunicação telefônica como sendo a relativa à conversação "entre outras pessoas".

É irrelevante indagar a respeito da existência de conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. É possível que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que um consinta com ela. Embora a doutrina prefira falar, só no primeiro caso (interceptação executada à revelia de ambos os interlocutores), em interceptação "*strictosensu*", e, no segundo caso (interceptação conhecida e consentida por um deles), em "escuta telefônica", em ambos os casos a "*terzietà*" está presente, e tratar-se-á de interceptação, subsumível à lei.

Mas esta não abrange a gravação da conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro: conduta essa que não se enquadra no conceito de interceptação, e consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria. Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art.5º, inc. XII CF), é referível ao inc. X do mesmo dispositivo (proteção da intimidade): a gravação, em si, não é ilícita, podendo qualquer dos interlocutores executá-la livremente, por tratar-se de documentação de comunicação que lhe é dirigida.⁶⁷

Ada Pellegrini Grinover, assim como a maior parte da doutrina entende que a Lei 9296/1996 aplica-se aos casos de interceptação e escuta telefônica, porém, não se aplica à interceptação ambiental ou à escuta ambiental, asseverando que "A lei tão pouco ocupa-se das chamadas "gravações ambientais", ou entre presentes, entendendo-se, por esse termo, a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve."⁶⁸

Em suma, pode-se depreender que a maioria da doutrina brasileira entende que a Lei 9296/1996 aplica-se somente aos casos em que terceira pessoa, com ou sem o conhecimento dos interlocutores realiza a interceptação do fluxo de comunicação que se mantém entre os interlocutores.

Visto esse aspecto, podemos agora retornar à classificação que a doutrina propõe à interceptação telefônica, pois assim será possível aprofundar o estudo nos institutos abarcados pela Lei 9296/1996, quais sejam, a interceptação telefônica *strictosensu*(ou em sentido estrito) e a escuta telefônica.

Inicialmente, na classificação proposta, temos a gravação ambiental, a escuta ambiental, a interceptação ambiental, a gravação clandestina e a interceptação telefônica em sentido amplo,

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

sendo que esta última se subdivide em interceptação telefônica em sentido estrito e escuta telefônica.

Acima, temos a classificação majoritária no direito brasileiro, mas que não é pacífica, sendo que a doutrina nacional, com frequência, faz confusão quanto às espécies acima elencadas.

Aqui, tratamos, especificamente, acerca da interceptação telefônica em sentido amplo, isto é, tanto a interceptação telefônica em sentido estrito, quanto a escuta telefônica, pois ambas, segundo a doutrina majoritária, acima colacionada, são apresentadas pela Lei 9296/1996. Os outros institutos serão analisados posteriormente, para que seja possível detectar a diferença entre os institutos supracitados com bastante precisão.

No início do presente tópico, verificamos, de maneira minudente, a definição de interceptação telefônica em sentido estrito (ou *strictosensu*), cabendo agora tratar da escuta telefônica.

Como visto, a escuta telefônica é espécie do gênero interceptação telefônica, que consiste na captação do fluxo de informações trocadas entre os interlocutores de uma conversa, porém, tendo como principal característica, ou melhor, como principal elemento diferenciador da interceptação telefônica *strictosensu*, o fato de que um dos interlocutores da conversa tem conhecimento da interceptação realizada por terceira pessoa. Como visto acima, a interceptação telefônica em sentido estrito é realizada por terceira pessoa, sem que haja o conhecimento dos interlocutores.

A doutrina é pacífica ao definir a escuta telefônica, de tal sorte que Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, em monografia sobre o assunto, define a escuta telefônica da seguinte forma: “Tratando-se de espécie do gênero interceptação telefônica, a escuta telefônica consiste na captação da conversa pelo interceptador quando um dos interlocutores tem conhecimento da interceptação.”⁶⁹

Vicente Greco Filho, por seu turno, não conceitua diretamente a escuta telefônica, mas apresenta uma definição ao comentar em sua obra a abrangência da Lei 9296/1996, preceituando que “A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro) mas com o consentimento de um dos interlocutores”.⁷⁰

Ora, o autor acima mencionado pensa de forma alinhada com a doutrina majoritária, pois entende que a escuta telefônica consiste na captação da conversa por terceira pessoa, porém, com o conhecimento de um dos interlocutores. Cabe ressaltar, porém, que Vicente Greco Filho

⁶⁹ VASCONCELOS, 2011, p. 56.

⁷⁰ GRECO FILHO, 1996, p. 5

utiliza a expressão interceptar, uma vez que entende ser correto o seu uso sempre que a captação da conversa for realizada por terceira pessoa, diferente dos interlocutores.

A terminologia adotada, contudo, não é a prevalente na doutrina, porém, é importante salientar que o pensamento do autor não difere do pensamento da maioria da doutrina, senão exclusivamente no que tange à questão terminológica.

Ada Pellegrini Grinover também alinha seu pensamento à maioria da doutrina ao esclarecer que:

É irrelevante indagar a respeito da existência de conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. É possível que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que um consinta com ela. Embora a doutrina prefira falar, só no primeiro caso (interceptação executada à revelia de ambos os interlocutores), em interceptação "strictosensu", e, no segundo caso (interceptação conhecida e consentida por um deles), em "escuta telefônica", em ambos os casos a "*terzietà*" está presente, e tratar-se-á de interceptação, subsumível à lei.⁷¹

Élio Wanderley de Siqueira Filho, em artigo acerca do tema, apresenta sua definição para a escuta telefônica:

Percebe-se, claramente, com a leitura das normas inseridas no mencionado diploma legal, que a figura da escuta telefônica reclama, necessariamente, que ocorra, de modo efetivo, a interceptação, ou seja, é fundamental que um terceiro colha os elementos da comunicação entre duas pessoas. Assim, não há escuta telefônica propriamente dita se um dos participantes da conversação, por aqueles meios de comunicação previstos na citada Lei, promove a gravação. Igualmente, não se caracteriza aquela figura quando se trata de mera informação sobre a procedência ou o destino das ligações efetuadas de ou para uma certa linha telefônica.⁷²

Em suma, diante das definições acima apresentadas, pode-se perceber que o tema é pacífico na doutrina, razão pela qual não se faz necessário aprofundamento maior na definição da escuta telefônica, restando agora analisar os outros institutos que podem ser confundidos com a interceptação telefônica em sentido estrito.

3.1.2 Gravação Telefônica

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

⁷² SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Sigilo das Comunicações Telefônicas, Telegráficas e de Dados. Disponível no site: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/147/234>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 5.

A gravação telefônica pode ser definida como a captação do fluxo de informações trocadas por meio telefônico entre os interlocutores, realizada por um deles, sem que o outro tenha conhecimento.

Aqui, percebe-se que há duas peculiaridades na expressão “gravação telefônica”. A primeira, pode ser percebida na palavra gravação, pois esta, juridicamente, significa que há a captação do fluxo de informações por um dos interlocutores sem que o outro saiba, isto é, aqui não há a presença de terceira pessoa. A outra peculiaridade é percebida quando verificamos a palavra “telefônica”, ou seja, ela denota que o fluxo de informações que foi captado por um dos interlocutores era transportado por meio telefônico.

Luiz Flávio Gomes traz definição sintética da gravação telefônica, asseverando que: “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 9296/96.”⁷³

3.1.3 Gravação Ambiental

Trata-se de instituto totalmente diferente da interceptação telefônica em sentido estrito e da escuta telefônica, sendo imperioso mencionar, também, que o regime jurídico aplicado à gravação ambiental não é o previsto na Lei 9296/1996.

A gravação ambiental envolve, diferentemente da escuta e da interceptação em sentido estrito, somente dois sujeitos, isto é, envolve somente os interlocutores.

A situação que deve ser analisada no caso da gravação ambiental é um fluxo de informações trocadas entre dois sujeitos, em que somente um desses sujeitos sabe e efetua a gravação ambiental, que poderá ser de sons ou de imagens e sons.

Pelo exposto, pode-se perceber que a gravação ambiental tem dois pontos centrais importantíssimos que a diferencia de outros institutos, quais sejam, o conhecimento da gravação por somente um dos interlocutores e a realização da gravação pelo próprio interlocutor, ou seja, nesse caso não há participação de terceira pessoa.

⁷³ GOMES, 1997, p. 105.

Nesse ponto, a doutrina também é uníssona, de tal sorte que podemos transcrever a definição de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos acerca do tema: “Gravação ambiental é aquela que não conta com a presença de um terceiro. Na gravação um dos interlocutores capta a conversa ou o comportamento que mantém com outro , não havendo a ciência deste último quanto a essa circunstância.”⁷⁴

Luiz Flávio Gomes, em artigo sobre o tema, define a gravação ambiental com propriedade ao dizer:

A expressão genérica "gravações clandestinas", aliás, abrange tanto a telefônica (quando se grava uma comunicação telefônica própria) quanto a ambiental (quando se grava uma conversa entre pessoas presentes, de forma sub-reptícia, isto é, sem o conhecimento do interlocutor). Ambas não possuem disciplina jurídica própria entre nós. Por constituírem formas de restrição ao art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, que assegura o direito à privacidade e intimidade (observando-se que a gravação telefônica configura também restrição ao inc. XII, que menciona genericamente "comunicações telefônicas"), é evidente que, nesta altura, já deveriam estar devidamente regradadas.⁷⁵

Ada Pellegrini Grinover também trata do assunto de forma sintética, lecionando que “A lei tão pouco ocupa-se das chamadas "gravações ambientais", ou entre presentes, entendendo-se, por esse termo, a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve.”⁷⁶.

Nota-se, aqui, que a professora define gravações ambientais, mas que apresenta um conceito mais amplo do que a doutrina majoritária, uma vez que engloba a gravação realizada por terceiro no próprio ambiente. Essa gravação ambiental, realizada por terceiro, denominada por Ada Pellegrini Grinover como gravação ambiental, é tratada pela doutrina pátria como escuta ambiental e será posteriormente analisada de forma detalhada.

A gravação ambiental, como dito acima, não é tratada na Lei 9296/96, assim, pode-se perceber que no ordenamento jurídico pátrio não há lei que trate sobre esse instituto, razão pela qual a doutrina, muitas vezes, ao fazer referência à gravação ambiental utiliza uma expressão genérica, qual seja, gravação clandestina.

Em razão da falta de previsão específica no ordenamento jurídico, a gravação ambiental não pode ser realizada, pois não há hipótese que excepciona o direito à intimidade, insculpido no Artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

⁷⁴ VASCONCELOS, 2011. p. 56.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. Gravações Telefônicas: Ilicitude e Inadmissibilidade. Disponível no site: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/149/236>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 5.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

Ora, no caso da gravação ambiental, notar-se que há violação ao direito à privacidade, contudo, por não haver previsão no direito pátrio, não há ilícito penal em tal conduta.

Luiz Flávio Gomes explica o regime jurídico aplicável à gravação ambiental, aduzindo o seguinte:

O ato de gravar, tão somente gravar, não configura 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. A isso dá-se o nome de “direito à reserva”, que se distingue do “direito ao segredo”: neste o que se visa é evitar que um terceiro capte a comunicação alheia; por aquele o que se pretende é a não divulgação daquilo que foi gravado clandestinamente. A divulgação indevida configura delito previsto no Art. 153 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 etc.)? Não há crime.⁷⁷

Como visto acima, o regime jurídico aplicável à gravação ambiental deve ser analisado sob vários aspectos, o primeiro aspecto seria a própria gravação, ou seja, o ato de gravar. Tal conduta, como dito por Luiz Flávio Gomes, acima, não configura um ilícito penal, mas viola a intimidade da pessoa.

O segundo aspecto seria a divulgação do conteúdo da gravação ambiental, que segundo o mesmo autor, configuraria violação do direito ao segredo, uma vez que a divulgação configuraria maior violação ao direito de intimidade. Neste caso, porém, há previsão de crime no ordenamento pátrio, o Art. 153 do Código Penal, que reza “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.”.

3.1.4 Escuta Ambiental

A principal diferença entre a gravação ambiental e a escuta ambiental, é que aquela tem como característica o fato de que o sujeito que realiza a gravação é um dos interlocutores e esta tem como característica o fato que um terceiro realiza a escuta ambiental, havendo o conhecimento de um dos envolvidos.

Sendo assim, podemos perceber que quando se fala em gravação, temos uma situação em que um dos interlocutores, presentes em uma determinada situação fática, realiza a gravação.

⁷⁷ GOMES, 1997, p. 106.

A outra situação, qual seja, a escuta, pressupõe que haja uma terceira pessoa, alheia aos interlocutores, porém, com o conhecimento de um deles.

Cleber Rodolfo Carvalho Vasconcelos traz definição para a escuta ambiental “A escuta ambiental é a situação em que um terceiro registra sons ou imagens envolvendo duas ou mais pessoas, havendo, porém, o conhecimento de um dos envolvidos.”⁷⁸.

3.1.5 Intercepção Ambiental

A intercepção ambiental consiste na captação de um fluxo de informações trocadas entre dois sujeitos, mas sem que estes tenham conhecimento, isto é, quem realiza a intercepção ambiental é um terceira pessoa, sem o conhecimento dos interlocutores.

Aqui, podemos perceber a lógica na utilização das expressões intercepção, escuta e gravação, pois cada uma delas detém peculiaridade que se amolda perfeitamente à situação concreta.

A intercepção representa a presença de terceira pessoa realizando a captação, sem que haja conhecimento dos interlocutores; a escuta, representa que há terceira pessoa realizando a captação, mas com o conhecimento de um dos interlocutores; por fim, a gravação, que representa a captação realizada por um dos interlocutores.

Luiz Flávio Gomes define a intercepção ambiental da seguinte maneira:

Por intercepção ambiental entende-se a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência, etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em intercepção ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental.⁷⁹

A intercepção ambiental não está prevista no ordenamento jurídico, razão pela qual, pode-se afirmar que há violação ao direito à intimidade, previsto no Art. 5º, inciso X da Lei Maior quando de sua realização.

⁷⁸ VASCONCELOS, 2011, p. 56.

⁷⁹ GOMES, 1997, p. 111.

3.2 Direito Intertemporal e a Aplicação Imediata da Lei

A Lei 9296/1996 foi publicada em 25 de julho de 1996, sendo que entrou em vigor na mesma data, pois o Artigo 11 da lei supracitada preceitua “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”⁸⁰

Ademais, é imperioso notar que lei acima mencionada trouxe em seu Artigo 10 a previsão de um crime, o que torna possível afirmar que consiste em uma lei nova incriminadora e, por conseguinte, que o diploma não poderá ter aplicação retroativa.

Com efeito, é sabido que a natureza jurídica da interceptação telefônica é de matéria processual penal, isto é, a Lei 9296/96 somente poderá ser aplicada a partir de 25 de julho de 1996, pois entrou em vigor na data de sua publicação. Notamos, então, a existência de duas situações, a primeira, em que a decisão judicial autorizadora da interceptação telefônica ocorre antes da vigência da Lei 9296/96 e a segunda em que a decisão ocorre após a vigência da nova lei.

Ora, concluímos que a ilicitude da prova obtida por meio da interceptação telefônica ocorrerá quando a decisão autorizadora for anterior à edição da nova lei, sendo que não importa o momento em que o crime ocorreu, conforme podemos depreender da passagem abaixo, de autoria de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos:

Posto isso, ressaltamos, o que importa é saber se a decisão judicial foi proferida no curso da vigência da lei, seja o fato-crime anterior ou posterior à entrada em vigor da norma. Não se leva em conta a data do crime, mas a época em que foi deferida a interceptação telefônica (porque neste ponto a norma é processual).⁸¹

3.3 Procedimento da Interceptação Telefônica

3.3.1 Considerações Gerais

3.3.1.1 Pressupostos da Lei 9296/1996: Artigo 5º, inc. XII da CF

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

⁸¹ VASCONCELOS, 2011, p. 7.

A Lei 9296/1996 deve ser analisada tendo sempre em mente sua função no direito brasileiro, isto é, deve-se perquirir qual o objetivo do legislador ao editar a lei em comento. Isso é importante, pois antes de se verificar o que dispõe a lei 9296/1996, é imprescindível verificar o que dispõe o Artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, já que o diploma foi concebido exclusivamente para regulamentar tal comando constitucional.

O Artigo 5º, inciso XII preceitua que “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;”

O inciso XII do Artigo 5º, constitui uma garantia constitucional, tendo em vista sua localização topográfica na Constituição Federal, no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

A norma em questão tem por escopo assegurar a utilização dos meios de comunicação, que são formas de manifestação do pensamento e, segundo José Afonso da Silva, trata-se também de garantia do sigilo da comunicação de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo. O autor em questão leciona da seguinte forma o assunto:

Trata-se de garantia constitucional que visa assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo.⁸²

Ao passar à análise da redação do XII, percebe-se que o mesmo declara ser inviolável o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, porém, traz uma importante ressalva determinada, ao mencionar a expressão “salvo, no último caso”.

A expressão “salvo, no último caso” refere-se claramente às comunicações telefônicas, o que, de plano, permite a conclusão de que a ressalva não vale nem para a correspondência, nem para as comunicações telegráficas e nem os dados.

Vale aqui trazer à colação a importante lição de Carlos Maximiliano acerca de dispositivos que trazem previsões excepcionais, como ocorre no caso da ressalva trazida na parte final do inciso XII do Artigo 5º da Norma Ápice. O jurista diz que “As disposições excepcionais

⁸² SILVA, 2010, p. 106.

são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente.”⁸³

Ademais, ao analisar a ressalta trazida, percebe-se que ela não vale para toda e qualquer comunicação telefônica, mas sim, somente para aquelas em que sua finalidade seja a investigação criminal ou a instrução processual penal.

José Afonso da Silva interpreta a norma da mesma forma lecionando que:

Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Vê-se que mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto de tutela é dúplice: de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade.⁸⁴

O pensamento acima exposto pode ser complementado com o que expõe Alexandre de Moraes ensina, socorrendo-se da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal:

Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a “inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.⁸⁵

Do que consta acima, nota-se que Alexandre de Moraes interpreta a norma do inciso XII à luz do princípio que nenhuma liberdade individual é absoluta, concluindo que a exceção, expressa, no que tange às comunicações telefônicas, em alguns casos, poderia ser estendida a outros casos tratados no inciso XII.

Em suma, percebemos que a doutrina brasileira faz dois comentários de maior relevância em relação ao inciso em exame, o primeiro, consiste no fato que a norma, ao realizar a ressalva, atinge a hipótese de comunicações telefônicas. O segundo comentário refere-se à forma de interpretação, pois os constitucionalistas modernos entendem que nenhuma liberdade

⁸³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. São Paulo: Revista Forense, 2010. p. 184.

⁸⁴ SILVA, 2010, p. 106.

⁸⁵ MORAES, 2003, p. 84.

individual é absoluta, o que permitiria abrir exceções também a outras situações, como é o caso do sigilo das correspondências.

Terminado esse primeiro panorama acerca do inciso XII, pudemos perceber que a norma constitucional em questão está umbilicalmente ligada com a Lei 9296/96, tendo em vista que esta foi editada para regulamentar a exceção trazida na parte final do inciso XII.

Por fim, resta agora analisar o direito comparado para que seja possível estudar o tratamento constitucional que outros países dispensam ao sigilo das comunicações, de dados e das comunicações telefônicas, com o fito de verificar se a Constituição Federal de 1988 tratou a matéria de forma mais detalhada ou menos detalhada que os diplomas alienígenas, bem como se estas trataram de forma excepcional as comunicações telefônicas, como o fez a Norma Ápice brasileira, ou se adotaram forma mais abrangente.

3.3.1.2 O Artigo 5º, inc. XII da CF e o Direito Comparado

A Constituição de Portugal trata do tema no seu Artigo 34, que prescreve, conjuntamente, a inviolabilidade do domicílio e à correspondência.

O artigo acima referido trata, em dois itens, da inviolabilidade da correspondência, o item 1, que consiste em um dispositivo com previsões gerais e comuns à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e um dispositivo específico, o item 4, que traz uma ressalva, semelhante à que temos na Constituição Brasileira.

Percebe-se, *prima facie*, que a rubrica do Artigo 34 fala em inviolabilidade da correspondência, de tal sorte que é possível inferir que o constituinte português utilizou a expressão correspondência como gênero que engloba as comunicações telefônicas.

O item 1 reza que “1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.”⁸⁶. Nota-se, aqui, que trata-se de uma previsão geral, que declara a inviolabilidade tanto da correspondência e de outros meios de comunicação, quanto do domicílio.

⁸⁶ PORTUGAL. Constituição. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

O item 4, que traz uma visão específica do assunto, assevera que “4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”⁸⁷

É possível depreender que no item 4, acima, a norma portuguesa tem a mesma estrutura que a equivalente brasileira, trazendo duas partes em sua estrutura, a primeira, proibindo a ingerência das autoridades públicas em algumas situações e, a segunda, ressaltando os casos previstos em lei em matéria de processo criminal.

Em suma, nota-se facilmente a semelhança entre ambas as normas, pois a estrutura de ambas é bastante próxima e o detalhamento constitucional também é muito parecido.

A Constituição dos Estados Unidos da América trata de forma bastante superficial em seu texto constitucional a temática do sigilo das comunicações, havendo uma previsão menos abrangente e menos detalhada do que a que temos na Lei Maior pátria.

O constituinte norte americano fez referência ao assunto na Quarta Emenda (IV Amendment), que assevera:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.⁸⁸

Como dito anteriormente, a previsão que a Quarta Emenda trouxe, foi bastante genérica, pois somente diz, sinteticamente, que o direito que a pessoa tem de estar segura em suas casas e correspondência em face de buscas não razoáveis não deve ser violado.

A previsão pouco detalhada da constituição Norte Americana se coaduna com sua principal característica, qual seja sua extensão sintética. Os constitucionalistas, de longa data, utilizam como critério de classificação das constituições sua extensão, podendo ser sintética ou analítica. Alexandre de Moraes explica de maneira detalhada o assunto:

Quanto à sua extensão e finalidade: constituições analíticas (dirigentes) e sintéticas (negativas, garantias).

As constituições sintéticas prevêm somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norte-americana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os

⁸⁷ PORTUGAL. Constituição. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição. Disponível em: <<http://www.house.gov/house/Constitution/Amend.html>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).⁸⁹

Como Alexandre de Moraes assevera, é possível entender a razão da previsão que a Constituição Norte Americana traz a respeito do assunto em tela ser tão reduzida, isto é, nota-se que é um corolário da espécie de constituição, qual seja, uma constituição sintética, que procura somente trazer os elementos fundamentais e indispensáveis ao texto constitucional, deixando outras previsões à legislação infraconstitucional.

Percebemos, aqui, que há substancial diferença em relação ao texto constitucional brasileiro, pois este traz uma previsão mais detalhada, em comparação com a previsão norte americana.

A Constituição Italiana também traz previsão acerca da inviolabilidade das comunicações no seu Artigo 15, dizendo que “La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’ autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.”⁹⁰

O constituinte italiano trouxe um texto no sentido de que a liberdade e o sigilo da correspondência e todas as outras formas de comunicação são invioláveis, sendo que a limitação à tal liberdade e ao sigilo somente pode ser imposta por mandado judicial e conforme as previsões que a legislação infraconstitucional impuser.

Aqui, também podemos ver certa semelhança com a Lei Maior brasileira, pois há um tratamento constitucional relativamente detalhado e fazendo referência à legislação infraconstitucional.

A Constituição Espanhola traz o assunto de forma bastante sintética, mas com conteúdo parecido com o da Constituição Brasileira. O tema é tratado no Artigo 18, item 3, alocado dentro do capítulo concernente aos direitos e as liberdades públicas, preconizando que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”⁹¹

O texto espanhol é interessante, pois diz que é garantido o sigilo das comunicações, em especial, das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, salvo ordem judicial. Nesse ponto, é possível perceber que, diferente da Norma brasileira, a espanhola não faz referência somente às

⁸⁹ MORAES, 2003, p. 40.

⁹⁰ ITÁLIA. Constituição. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

⁹¹ ESPANHA. Constituição. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=18&tipo=2>> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

comunicações telefônica quando fala em exceção, mas sim parece trazer exceção a todos os tipos de comunicação, o que se coaduna com a tese dos constitucionalistas de que nenhuma liberdade individual é absoluta.

A Constituição da Alemanha, por seu turno, trata do assunto de forma mais detalhada no Artigo 10, itens 1 e 2, que dizem:

- (1) Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich.
 (2) Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorganetritt.⁹²

O item 1, diz que a privacidade das correspondências e das telecomunicações é inviolável e o item 2 traz previsão bastante detalhada e um sistema diferente do brasileiro e das outras constituições acima elencadas, pois preconiza que podem haver restrições, mas somente se tais restrições forem veiculadas por lei.

Ademais, a constituição alemã traz uma situação interessante, pois diz que se a restrição for realizada com o objetivo de proteger a ordem democrática ou a segurança da federação, a lei poderá prever que a pessoa afetada pela restrição não deverá ser informada e que o recurso aos tribunais, cabível em hipóteses normais, será substituído por uma revisão do caso por órgãos e agências auxiliares nomeados pelo poder legislativo.

Ora, percebe-se que o regime alemão se preocupa bastante com a restrição à privacidade das correspondências e das telecomunicações quando a pessoa que sofre a restrição não tem conhecimento de que seu direito constitucionalmente protegido foi excepcionado.

O sistema alemão cuida dessa hipótese específica, possibilitando que haja a restrição quando o interesse público o exigir, mas trazendo como consequência a fiscalização por órgão e agências auxiliares nomeados pelo legislativo.

Em suma, percebe-se, que no direito comparado, há uma tendência à adoção de um regime jurídico relativo ao sigilo das correspondências, de dados e das comunicações telefônicas semelhante ao adotado no Brasil, mas com algumas diferenças pequenas. O tratamento constitucional brasileiro, em nossa opinião, parece adequado quando analisado em comparação com outros, pois traz previsão específica e clara, assim como excepcionando a garantia

⁹² ALEMANHA. Constituição. Disponível em: <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html> Acesso em: 20 fevereiro 2012.

constitucional em casos adequados, quais sejam, a investigação criminal e a instrução processual penal, mediante análise judicial.

3.3.1.3 Introdução à Lei 9296/96

A lei 9296/96, como já explicitado acima, foi elaborada com o objetivo de regulamentar o inciso XII do Art. 5º da Constituição Federal, característica que pode ser percebida facilmente quando da análise do artigo inicial da lei em comento.

O Art. 1º inaugura a lei 9296/96 trazendo um panorama geral sobre o que a lei trata, apontando de forma minudente o papel que a lei irá desenvolver no ordenamento jurídico brasileiro.

A redação do artigo supracitado é bastante clara e se amolda perfeitamente à parte final do inciso XII do Art. 5º da Lei Maior, conforme pode-se notar da redação do dispositivo “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.”⁹³

O que se pode notar, inicialmente, é que o artigo inaugural delimita o objeto de atuação da lei à interceptação de comunicação telefônica, bem como traz uma norma que amplia o espectro de aplicação da lei no parágrafo único, do mesmo artigo, que reza que “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”⁹⁴.

Do que explicitamos acima, percebemos que a lei é aplicável às interceptações telefônicas que forem realizadas com determinadas finalidades, quais sejam, a investigação criminal ou a instrução processual penal, bem como, à interceptação do fluxo de informações em sistemas de informática e telemática.

Como já analisado previamente, o Art. 1º é iniciado com a expressão a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza o que, já apontamos, segundo a doutrina majoritária, faz referência tanto à interceptação telefônica em sentido estrito, quanto à escuta telefônica. Ademais, o parágrafo único amplia a aplicação da lei aos sistemas de informática e de

⁹³ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

telemática, o que gera certa discordância na doutrina brasileira.

De uma lado, sustentando que as disposições trazidas pela Lei 9296/96 podem ser aplicada às comunicações telefônicas e também às informáticas e telemáticas, estão Luiz Flávio Gomes e Antônio Scarance Fernandes. Do outro lado, sustentando a inconstitucionalidade do Parágrafo único da lei em comento, que amplia o espectro de aplicação da lei, temos Vicente Greco Filho.

Luiz Flávio Gomes expressa sua opinião dizendo o seguinte:

O fundamental, nos parece, é o uso da telefonia: tudo quanto hoje se comunica pela telefonia (sons, imagens, dados, escritos, informações, sinais, etc.) é interceptável, legalmente. É por isso que a lei diz “comunicações telefônicas de qualquer natureza”. Essa conclusão nós extraímos: primeiro do texto legal, que é de clareza inequívoca (fala-se em “comunicação”, não em conversação; de outro lado, menciona-se expressamente o “fluxo de comunicações em sistema de informática”).⁹⁵

O mesmo autor conclui, arrematando que “Qualquer comunicação telefônica, em síntese, está sujeita à interceptação, pouco importando seu conteúdo que pode ser um som, uma imagem, um dado, uma informação, etc.”⁹⁶.

Comungando a visão acima apresentada, Antônio Scarance Fernandes sintetiza com clareza o espectro de aplicação da lei 9296/96, dizendo que “No primeiro artigo está definida a abrangência da interceptação, que alcança qualquer forma de comunicação telefônica, incluindo-se a que se processa em sistema de informática e telemática.”⁹⁷

Em suma, essa primeira visão que a doutrina traz, sustenta uma aplicação mais ampla da Lei 9296/96, podendo-se utilizar, então, da interceptação em qualquer forma de comunicação telefônica, bem como as comunicações em sistema de informática ou de telemática.

De outra banda, Vicente Greco Filho tem posição contrária à dos doutrinadores acima mencionados pois o autor acredita que o inciso XII do Art. 5º da Lei Maior, ao fazer referência ao “último caso”, refere-se exclusivamente às comunicações telefônicas, não atingindo, assim, a transmissão de dados.

Vicente Greco Filho esclarece sua posição, sintetizada acima, da seguinte maneira:

Nossa interpretação é no sentido de que “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:
Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das

⁹⁵ GOMES, 1997, p. 113

⁹⁶ Ibid, p. 114

⁹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 15-16, ago. 1996.

comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”.⁹⁸

O autor vai além, para explicar sua opinião acerca da inconstitucionalidade do parágrafo único do Artigo 1º da Lei 9296/96:

Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência). Daí, decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do Art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.⁹⁹

Em nossa opinião, em que pese a hermenêutica clássica pareça dar razão a Vicente Greco Filho, pois é cristalino que a parte final do inciso XII do Art. 5º da Constituição fala salvo no último caso, o que faz referência somente às comunicações telefônicas e, conforme ensina Carlos Maximiliano, “*Inclusionem unius fit exclusio alterius*: A inclusão de um só implica a exclusão de quaisquer outros.”¹⁰⁰

O ponto nevrálgico da questão, contudo, não se faz presente na hermenêutica jurídica, mas sim no Direito Constitucional.

Inicialmente, devemos notar a localização do dispositivo constitucional, pois ele está disposto no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, o que, por si só, já traz algumas implicações na leitura que o intérprete precisa fazer do dispositivo.

Ora, José Afonso da Silva, após traçar como características dos direitos fundamentais sua historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, faz uma breve conclusão, ressaltando que, em virtude do caráter histórico dos direitos fundamentais, eles não podem ser absolutos pois “Quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico.”¹⁰¹

José Afonso da Silva, em sua outra obra, fala mais especificamente acerca do tema, propondo uma interpretação interessante do inciso XII do Art. 5º da Constituição, que não explica a maior abrangência do inciso em questão em razão da inexistência do caráter absoluto dos direitos fundamentais, como acreditamos ser o correto, mas sim, asseverando que o inciso em exame deveria ser analisado em dois blocos, o primeiro contendo o sigilo da correspondência

⁹⁸ GRECO FILHO, 1996, p. 11.

⁹⁹ Ibid, p. 12.

¹⁰⁰ MAXIMILIANO, 2010, p. 184.

¹⁰¹ SILVA, 2004, p. 181.

e das comunicações telegráficas e o segundo, abrangendo o sigilo de dados e das comunicações telefônicas.¹⁰²

Nessa nova concepção trazida pelo doutrinador, quando a Constituição faz referência ao “último caso”, significaria uma ressalva ao sigilo de dados e das comunicações telefônicas, razão pela qual José Afonso da Silva diz:

A lei 9296/96 adotou uma interpretação estreita da cláusula de ressalva, quando, regulando a parte final do inciso XII em comentário, dispõe apenas sobre a interceptação de comunicações telefônicas, o que, estritamente considerado, se refere apenas à captação da comunicação no ato de sua realização. Mas ela também se aplica à interceptação do fluxo de comunicação em sistema de informática e telemática, o que nos parece encontrar fundamento no inciso em comentário, nos termos já vistos.¹⁰³

Em sentido diverso, porém, utilizando-se da concepção de ausência de caráter absoluto dos direitos fundamentais, mencionada por José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes identifica a ausência do caráter absoluto das liberdades individuais como elemento autorizador da interpretação ampla da parte final do inciso XII do Art. 5º da Constituição, a saber:

Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a "inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas".¹⁰⁴

Por fim, é válido trazer a opinião de Paulo Gustavo Gonet Branco, que arremata o pensamento, sintetizando a opinião que entendemos correta acerca do tema em questão:

A leitura do preceito pode levar à conclusão de que apenas nos casos de comunicações telefônicas seria possível que o Poder Público quebrasse o sigilo e que seria impossível abrir ao seu conhecimento os dados constantes de correspondência postal, telegráfica ou de comunicações telemáticas. Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondência e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.¹⁰⁵

¹⁰² SILVA, 2004, p. 181.

¹⁰³ SILVA, 2010, p. 109.

¹⁰⁴ MORAES, 2003, p. 84.

¹⁰⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 330.

Em suma, entendemos que a posição correta está com os doutrinados Luiz Flávio Gomes e Antônio Scarance Fernandes. Ademais, é interessante saber a história subjacente ao inciso XII do Art. 5º da Constituição, o que irá ajudar sobremaneira sua compreensão, razão pela qual vale transcrever uma passagem, um pouco alongada, trazida por Ada Pellegrini Grinover:

O certo é que a Assembléia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: *É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual.*

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.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo - observadas a ordem judicial e a reserva legal - não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais.

No meu sentir, a redação restritiva do inc.XII do art.5º da Constituição é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.¹⁰⁶

Avançando na análise do artigo, a lei esclarece a função de se realizar uma interceptação ou uma escuta telefônica, qual seja, a produção de provas, objetivando que, em um caso concreto, possa ser afastado princípio da presunção de inocência em relação a uma infração penal e sua autoria. Em outras palavras, para que seja possível que a interceptação telefônica em sentido estrito ou a escuta telefônica sejam lícitas, isto é, que sejam admitidas como prova, é necessário que sejam respeitados todos ditames constitucionais e os da Lei 9296/96.

O *caput* do artigo inaugural da Lei das Interceptações Telefônicas, em seguida, delimita o âmbito de utilização da prova obtida através da interceptação telefônica, dizendo que só poderá ser utilizada em investigação criminal e em instrução processual penal, repetindo, assim, os ditames constitucionais expostos no inciso XII.

Nesse particular, devemos entender que a lei fala em investigação criminal, e não em inquérito policial, o que nos faz concluir, que mesmo não havendo inquérito policial instaurado, é possível que haja a interceptação telefônica.

Luiz Flávio Gomes aprofunda o assunto de forma bastante didática, asseverando que:

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

Investigação criminal é a que se destina à apuração de uma infração penal (crime ou contravenção) e sua autoria. Pode ser de responsabilidade da polícia judiciária ou de qualquer outra autoridade administrativa com atribuição para tanto (CPP, art. 4, e seu parágrafo único). Durante a investigação criminal levada a cabo pelo Ministério Público, por exemplo, é evidente que cabe, em tese, a interceptação telefônica. Não é cabível esse meio probatório, entretanto, no caso da Comissão Parlamentar de Inquérito, que se destina a apurar fatos relacionados com a administração pública.¹⁰⁷

Ao fazer referência às Comissões Parlamentares de Inquérito, é preciso fazer rápida referência ao dispositivo constitucional que aparentemente concederia poderes para que a mesma realize interceptações telefônicas. Trata-se do Art. 58, §3º, que aduz o seguinte:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.¹⁰⁸

Interessante perceber que o dispositivo acima preceitua que as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, mas também devemos rememorar que para que haja a interceptação telefônica, necessário se faz uma ordem judicial.

Parte da doutrina tem tratado o assunto da forma que explica José Afonso da Silva:

Quanto às Comissões Parlamentares das Casas do Congresso Nacional, é pacífico que lhes cabe determinar, por si, a quebra de sigilo dos registros das comunicações telefônicas; há, porém, quem entenda que isso não se estende às interceptações telefônicas que estão sujeitas à reserva da jurisdição. É difícil sustentar essa distinção.¹⁰⁹

A opinião trazida por José Afonso da Silva, contudo, não é comungada pelo Supremo Tribunal Federal, que distingue em seus posicionamentos a quebra do sigilo dos registros das comunicações telefônicas das interceptações telefônicas, como pode ser percebido na ementa abaixo:

"O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa

¹⁰⁷ GOMES, 1997, p. 117.

¹⁰⁸ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, 1988.

¹⁰⁹ SILVA, 2010, p. 110.

autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. Autonomia da investigação parlamentar. O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa – sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição – promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressual." (MS 23.652, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2000, Plenário, *DJ* de 16-2-2001.) No mesmo sentido: HC 100.341, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-11-2010, Plenário, *DJE* de 2-12-2010.¹¹⁰

Sintetizando essa visão do Supremo Tribunal Federal, Paulo Gustavo Gonet Branco diz o seguinte:

O sigilo telefônico se refere aos registros dos números telefônicos de onde procederam ligações para o investigado ou dos números telefônicos para os quais o investigado ligou, bem assim os dados sobre quando as ligações foram efetivadas e quanto duraram. Essas informações são mantidas pelas companhias telefônicas, e o sigilo se fundamenta na proteção geral do direito à privacidade – a mesma garantia que embasa o sigilo fiscal e o bancário. O sigilo telefônico pode ser quebrado por deliberação da CPI. A interceptação de comunicação telefônica é algo diverso. Na interceptação, a própria comunicação é objeto de escuta. O conteúdo da comunicação torna-se alvo de interferência. Com relação ao conteúdo das comunicações telefônicas, a Constituição conferiu proteção reforçada ao indivíduo. A hipótese de ruptura da proteção oferecida pela Constituição ao sigilo das comunicações telefônicas está previsto no texto constitucional (art. 5, XII) – o sigilo somente pode ser violado, por ordem judicial, nas hipóteses previstas em lei, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Fala-se que a providência está submetida à reserva de jurisdição.¹¹¹

Ainda ligado à investigação criminal, devemos ressaltar que a interceptação telefônica constitui medida cautelar excepcional, uma vez que seu deferimento implica supressão de direitos muito caros à pessoa humana, o que significa a impossibilidade de haver uma interceptação sem que hajam indícios suficientes que forneçam supedâneo à medida excepcional.

Como corolário do que se escreveu acima é que só será admitida a interceptação após o delito, o que se amolda perfeitamente tanto com o texto constitucional quanto com o texto da Lei 9296/96, que rezam ser cabível a medida cautelar em comento na hipótese de investigação criminal, tendo assim, como consectário lógico, a ocorrência do ilícito penal.

A outra finalidade da interceptação telefônica descrita tanto na Constituição quanto na Lei específica é a instrução processual penal, isto é, a produção de provas.

Interessante a colocação de Roberto Delmanto, sustentando posição minoritária, que

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23652, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>> Acesso em: 23 fevereiro 2012.

¹¹¹ BRANCO; MENDES 2011, p. 895.

almeja a possibilidade de interceptação telefônica pedida pela defesa:

Apesar de a nova lei estar em aparente consonância com o art. 5º, XII, da CF/88, que permite a violação das comunicações telefônicas "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", parece-nos que a interceptação telefônica durante a instrução judicial colide com as garantias constitucionais da igualdade (art. 5º, caput), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do direito à lealdade processual (fair play), abrangido pela garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da própria inviolabilidade do exercício da advocacia (art. 133), esta última no caso de interceptação de comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor.

O tratamento desigual às partes fica mais evidente pelo fato da lei ordinária não ter previsto a possibilidade da defesa também requerer a interceptação de comunicação telefônica de terceiros que tenham relação com o processo, como a vítima e testemunhas de acusação, caso existam indícios de que tenham faltado com a verdade ou omitido dados relevantes para a apuração da verdade material, objetivo maior do processo penal.¹¹²

Do exposto acima, não comungamos com a visão do autor, tendo vista que sustentamos a prevalência do caráter excepcional da medida cautelar, pois se se permitisse também à defesa a realização desta cautelar, poderia ocorrer um número excessivo de concessões, o que faria com que o direito à privacidade fosse demasiadamente mitigado.

Pode-se perceber que, ao permitir somente em casos excepcionais a medida em comento, teremos que adotar como elemento justificador de tal ato a existência do interesse público subjacente à solução de questão ligada a uma infração penal.

Ante o exposto, não vemos lesão à igualdade, tendo em vista que não há que se falar em igualdade formal, mas sim em igualdade material, analisada no caso concreto, podendo ser representada pela vetusta e importante frase de Rui Barbosa "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade".

Quanto aos outros argumentos trazidos à colação pelo renomado autor, cremos que, com a *maximavenia*, podem ser superados em face do interesse público que está sempre presente no deslinde de questões penais.

Avançando na análise do Art. 1º, o mesmo vai além, afirmando que a interceptação telefônica "seguirá o disposto nessa lei", referindo-se, obviamente, à Lei 9296/96. Esta disposição legal, importante ressaltar, poderia ser suprimida pelo legislador, pois é claro que se a lei trata da interceptação telefônica, ela terá de seguir o que dispõe a lei em exame.

Ademais, o artigo em comento expressa que a interceptação telefônica, nos moldes acima apresentados, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

¹¹² DELMANTO, Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, p. 02, outubro de 1996.

Primeiro, é imperioso comentar o trecho que faz referência à “ordem do juiz competente para a ação principal”, assim, em verdade, podemos notar que a exigência de ordem judicial para que seja lícita a interceptação telefônica representa mera repetição do texto constitucional insculpido no inciso XII do Art. 5º.

Ao falar em juiz competente, é preciso rememorar a figura do juiz natural, que é explicado por Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra da seguinte forma:

Nessa primeira acepção, o princípio do juiz natural apresenta um duplo significado: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no direito inglês, através do *bill of attainder*); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.¹¹³

Outrossim, acentuamos que ao tratar da competência, é necessário ter em mente que a interceptação somente poderá ocorrer com o fim de investigação criminal ou instrução processual penal, ou seja, parece evidente que a interceptação telefônica é uma medida cautelar que está umbilicalmente ligada à matéria penal, razão pela qual o juiz competente para concedê-la deverá estar investido de jurisdição penal.

Nesse aspecto, Luiz Flávio Gomes esclarece que quanto à jurisdição, “Pode ser penal comum, penal federal, penal militar ou penal eleitoral. Se o juiz está exercendo jurisdição de outra natureza exclusivamente (civil, trabalhista, etc.), não pode autorizar a interceptação.”¹¹⁴

Antônio Scarance Fernandes também trata brevemente do assunto, dizendo que:

Ainda, nos termos da exigência constitucional, subordina-se a realização da interceptação à autorização do juiz competente, ou seja, o juiz da ação principal (art. 1º). Em comarcas com vários juízes criminais, poderá haver necessidade de distribuição do requerimento em que se pede a interceptação, ficando prevento o juiz que a autorizar para futura ação penal.¹¹⁵

Com efeito, a ordem judicial deve, obrigatoriamente, ser anterior à realização da interceptação, de tal sorte que, se a interceptação for autorizada após sua realização não irá ser convalidada, permanecendo uma prova ilícita e, conseqüentemente, não podendo ser utilizada.

Além de lembrar do princípio do juiz natural, há algumas peculiaridades a respeito da

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p.58.

¹¹⁴ GOMES, 1997, p. 149.

¹¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 15-16, ago. 1996.

ordem do juiz que devem ser lembradas. Ela deverá ser escrita, motivada e, conforme a parte final do artigo inaugural da lei em comento, deverá ser decretado nesse momento, pelo magistrado, o segredo de justiça.

Nesse ponto, necessário se faz verificar qual a natureza jurídica de dois institutos importantes na lei em comento, a ordem judicial que autoriza a interceptação e a própria interceptação telefônica.

A natureza jurídica da ordem judicial autorizadora é explicada de maneira detalhada por Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, que leciona:

Ato contínuo, a natureza da decisão que concede a interceptação telefônica deve ser vista sob dois prismas: o momento em que é concedida, e o segundo referente ao princípio que a informa.

Tratando-se de medida cautelar preparatória, portanto concedida na fase do inquérito policial ou da investigação criminal, o teor da decisão não obstante provir do órgão judiciário, é decisão judicial administrativa. Não se trata de ato jurisdicional, e sim judicial.

Porém, tratando-se de medida cautelar incidental, portanto concedida na fase da instrução criminal, trata-se de decisão interlocutória.¹¹⁶

Do trecho acima, podemos sintetizar que, se a medida cautelar for concedida na fase do inquérito policial, ou mesmo da investigação criminal, será um caso de decisão judicial administrativa e, se a medida cautelar for concedida endoprocessualmente, portanto, na fase da instrução criminal, teremos a natureza jurídica de decisão interlocutória.

Tendo isso como pressuposto, é possível perceber que, na primeira hipótese, ou seja, na concessão durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, o Delegado de Polícia não terá recurso cabível em hipótese de indeferimento. Por outro lado, é forçoso concordar que o Ministério Público terá legitimidade para contestar eventual decisão judicial, tanto durante o inquérito policial quanto durante a investigação criminal e também na fase da instrução processual. Em tal caso, não restará ao *Parquet* outra alternativa senão utilizar o Mandado de Segurança.

Essa conclusão é apresentada por Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos em uma esclarecedora síntese “Logo, não há dúvidas de ser o mandado de segurança a via impugnativa de maior efetividade e menor transtorno, podendo, inclusive o Ministério Público, insurgir-se contra decisão judicial, caso entenda necessária a medida.”.

A interceptação telefônica, em si, constitui medida cautelar, que dependendo do momento em que for concedida poderá ser uma medida cautelar preparatória ou uma medida

¹¹⁶ VASCONCELOS, 2011, p. 5.

cautelar incidental, porém com uma característica especial importantíssima, a de ser *inaudita altera parte*.

A interceptação telefônica é peculiar, tendo em vista que sua concessão está intimamente ligada a um sigilo endoprocessual, isto é, a parte que for submetida à interceptação não saberá de sua concessão, o que faz todo sentido, pois do contrário, não haveria razão em realizar uma interceptação telefônica. A essa característica, aproxima-se também o fato de medida cautelar ser *inaudita altera parte*, isto é, sem que a outra parte seja informada.

Em que pese o fato de a outra parte não ser informada, não há prejuízo ao princípio do contraditório, tendo em vista que este jamais poderá ser afastado por tratar-se de princípio constitucional básico que protege a ordem democrática e a dignidade humana, sendo expressão do princípio do devido processo legal.

Nesse caso específico, o contraditório é realizado, mas de forma diferida, pois a parte será ouvida posteriormente e terá sua oportunidade de defesa.

A parte final do Art. 1º da Lei 9296/96 explicita que a interceptação telefônica ocorrerá sob sigilo de justiça, o que é muito bem explicado por Luiz Flávio Gomes, que acredita existirem três expressões em que o sigilo de justiça se desdobra. O primeiro aspecto é o seguinte:

Essa determinação legal possui ao menos tríplice significado: em primeiro lugar, em razão da lógica do razoável, esse sigilo, num primeiro momento, tem como destinatário o investigado ou investigados e seus defensores (caso já tenham sido constituídos), isto é, a interceptação deve realizar-se sob sigilo interno absoluto, diante deles.¹¹⁷

O segundo desdobramento, está ligado ao fato de a interceptação telefônica ser uma *medida inaudita altera parte*, o que Luiz Flávio Gomes explica da seguinte forma:

Como emanção automática do primeiro, o segundo significado do sigilo de justiça consiste em que a interceptação telefônica é medida *inaudita altera pars*. Não se ouve a parte contrária (o investigado) antes de sua adoção. Disso se deduz que o contraditório, nesse meio probatório, vem depois, é diferido, é *posticipato*.¹¹⁸

Por fim, Luiz Flávio Gomes traz o terceiro significado da expressão “sigilo de justiça”, que consta da parte final do artigo inicial da Lei de Interceptações, dizendo que:

O terceiro significado do sigilo de justiça apóia-se na denominada publicidade interna restrita, é dizer, mesmo depois de levantado o sigilo interno para o investigado, não é

¹¹⁷ GOMES, 1997, p. 159.

¹¹⁸ Ibid, p. 160.

qualquer pessoa que pode tomar conhecimento das diligências, gravações e transcrições. Deve ser preservado, mesmo assim, o sigilo (artigo 1)¹¹⁹

Terminada a análise do *caput* do Art. 1º da Lei 9296/96, resta agora abordar o parágrafo único do Art. 1º, lembrando a abordagem que já expusemos no presente estudo, e, com a qual não concordamos, de que o dispositivo em análise seria inconstitucional.

Conforme expusemos, em nosso juízo, a melhor interpretação é a realizada por Antônio Scarance Fernandes, sustentado que “No primeiro artigo está definida a abrangência da interceptação, que alcança qualquer forma de comunicação telefônica, incluindo-se a que se processa em sistema de informática e telemática.”¹²⁰

Esse dispositivo fala em dois institutos principais, a telemática e a informática. Aquela, significa a junção de duas características, de um lado, todas as formas de telecomunicação, de outro, a informática. Em suma, podemos sintetizar dizendo que a telemática consiste na telecomunicação mais a informática.

Já a informática, Segundo Aurélio Buarque de Holanda, é a “Ciência que visa ao tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados.”¹²¹

Em seguida, devemos analisar o Art. 2º da lei em comento, que aduz o seguinte:

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.¹²²

O *caput* do dispositivo em análise traz hipóteses em que não será admitida a interceptação telefônica, trazendo rol, com três incisos e hipóteses em que é defesa a interceptação.

¹¹⁹ GOMES, 1997, p. 161.

¹²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas : aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 45, p. 15-16, ago. 1996.

¹²¹ FERREIRA, 1993, p. 945.

¹²² BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Essa técnica utilizada pelo legislador, ao dizer que a interceptação não pode ser realizada em algumas hipóteses, é muito bem explicada por Antônio Scarance Fernandes, que leciona:

A lei, em vez de estabelecer os requisitos para a interceptação de comunicações telefônicas, indica as hipóteses em que não será admitida. Essa técnica, também utilizada em relação à fiança em que os artigos 323 e 324 especificaram os casos em que ela não será cabível, ora restringe, ora alarga o âmbito da interceptação se comparado com outros sistemas estrangeiros ou com as necessidades decorrentes da persecução criminal.¹²³

Criticando também a técnica adotada pelo legislador, Vicente Greco Filho assevera que “O art. 2º da Lei 9296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que ela será possível.”¹²⁴

Tendo em mente essas peculiaridades, resta agora analisar cada uma das hipóteses trazidas nos incisos. O primeiro inciso, aduz que não será admitida a interceptação telefônica se não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal.

O inciso em exame apresenta-se como uma norma bastante razoável, tendo em vista que, se pensarmos que a interceptação telefônica consiste em limitação de vários direitos de grande importância no nosso ordenamento jurídico, nada mais lógico do que se exigir indícios que sejam razoáveis, isto é, que possam fundamentar a utilização dessa medida cautelar excepcionalíssima. Aqui, podemos resumir o exposto na necessidade do *fumusboniuris*, que reflete a existência de indícios de autoria e da prova da materialidade.

À luz do exposto, importante trazer a lição de Antônio Scarance Fernandes, expressando que:

O primeiro inciso impede a interceptação quando não estiver presente o pressuposto necessário de toda medida de natureza cautelar: o "fumusboniuris" ou a aparência do direito, que, no crime, engloba duas exigências: a probabilidade da autoria e a probabilidade de existência de infração penal.¹²⁵

No mesmo sentido, comenta Ada Pellegrini Grinover a norma do inciso I do Art. 2º:

¹²³FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 45, p. 15-16, ago. 1996.

¹²⁴ GRECO FILHO, 1996, p. 13.

¹²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 15-16, ago. 1996.

Com relação ao inc.I do art.2º da lei em vigor, a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal nada mais configura do que o *fumusboniuris*, ou seja a plausibilidade do direito invocado, necessário em face da natureza cautelar do provimento que autoriza a medida, assegurando a prova *inaudita altera parte* e submetendo-a a contraditório diferido.¹²⁶

Outrossim, para arrematar os comentários que a doutrina faz ao inciso primeiro e para demonstrar o caráter unânime da opinião que os doutrinadores expressam acerca desse comando, vale trazer a opinião de Élio Wanderley Siqueira Filho:

Além disso, o art. 2º da Lei em exame elenca 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.¹²⁷

Ora, de todas as impressões expostas acima, podemos perceber que há pensamento pacífico da doutrina em relação ao inciso I do artigo em exame, assim infere-se que, em que pese a redação adotada pelo Art. 2º utilize uma enumeração negativa, isto é, que traga hipóteses em que não pode ser adotada a interceptação, o inciso I parece bastante apropriado pois restringe de maneira correra a utilização deste instituto excepcional.

Como notamos acima, a opção do legislador por enumerar as hipóteses em que é defesa a interceptação acaba por diminuir a segurança jurídica, pois deixa um espectro muito amplo de possibilidades de aplicação da norma. Como sustentado pela doutrina supramencionada, melhor seria se tivesse trazido um rol taxativo com todas as hipóteses em que é autorizada a interceptação telefônica, o que traria grande segurança, pois seria possível antever todas as hipóteses em que a interceptação poderia ser utilizada.

Enfim, deixando de lado essa questão, ao falarmos especificamente sobre o inciso I, sua redação parece adequada e amoldada perfeitamente ao nosso ordenamento jurídico, pois exige o *fumusboniuris* como elemento justificador de uma medida excepcional, o que conta com o apoio amplo da doutrina.

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹²⁷ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Sigilo das Comunicações Telefônicas, Telegráficas e de Dados. Disponível no site: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/147/234>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 5. Acesso em: 20 abril 2012.

Passemos agora à análise do segundo inciso do Art. 2º da Lei 9296, que proíbe a utilização da interceptação caso seja possível realizar a prova por outros meios disponíveis.

O que percebemos, de início, é que se trata de elemento limitador bastante amplo, mas que, em nosso juízo, representa ponto de bastante dificuldade ao magistrado, que deverá analisar o caso concreto para verificar a necessidade ou não da realização da interceptação telefônica.

Outro aspecto que entendemos relevante a ser estudado, é a questão temporal subjacente ao inciso em comento, pois imperioso analisar quando deve estar disponível outro elemento de prova, ou seja, a seguinte pergunta deverá ser respondida: se outro elemento de prova torna-se disponível após o deferimento da interceptação telefônica, seria o caso de invalidade da prova antes constituída? Entendemos que não, primeiro, pois não há nenhuma referência na lei que sugira tal consequência, segundo, pois deve ser analisado o requisito em comento em um momento específico, de maneira que se futuramente surgir outro meio de prova, a prova antes constituída seria plenamente válida, já que constituída consoante todas as exigências legais.

Trata-se, em síntese, da necessidade do *periculum in mora*, que é lembrado por Ada Pellegrini Grinover, lecionando que “Por sua vez, o *periculum in mora* está ínsito na necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova.”¹²⁸

Tal entendimento também é apresentado pela doutrina, conforme leciona Vicente Greco Filho:

Diferente é a segunda situação, ou seja, a de que a prova possa ser feita por outros meios disponíveis. Além do aspecto subjetivo que a idéia encerra, o “não estar disponível” pode significar, na verdade, estar oculta (inconsciente ou propositadamente) ou, simplesmente, não haver interesse de se investigar por outro meio. Difícil será a decisão do juiz a respeito, mas desde logo, deve-se entender que os meios disponíveis são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação. Meios que surgirem posteriormente não a invalidariam, no caso. Mas se a autoridade oculta a possibilidade de outros meios ou age com grave desinteresse, tais atitudes contaminam a prova colhida por meio da interceptação.¹²⁹

Ada Pellegrini Grinover analisa profundamente essa questão trazida pelo inciso II do Art. 2º, posicionando-se no seguinte sentido:

Dúvidas poderão surgir, na praxis judiciária, quando a interceptação tiver sido ordenada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se, após, que outros existiam. Penso que nesse caso a prova obtida pela interceptação não poderá ser considerada ilícita, por configurar o

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹²⁹ GRECO FILHO, p. 17.

disposto no inc.II do art.2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova: se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios.¹³⁰

Luiz Flávio Gomes, por fim, arremata o posicionamento trazido pelos diversos doutrinadores acima elencados, asseverando que:

Exclusivamente quando for indispensável, conditiosinequanon para a apuração da infração é que ela se justifica. É evidente o caráter rebus sic stantibus da decisão, isto é, passada a “urgência”, pode ser que se descubra, depois da interceptação, que haviam outros meios disponíveis. Mas se não eram evidentes no momento da decisão, ela é válida.¹³¹

Avançando, cabe agora abordar o inciso III do Art. 2º da Lei 9296, que traz a impossibilidade de se realizar a interceptação telefônica se o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Aqui, percebemos que o legislador deu demasiada amplitude ao inciso em análise, pois a legislação penal brasileira conta com grande quantidade de dispositivos que são punidos com reclusão.

Nesse inciso, parece-nos que o legislador não atentou à realidade da legislação brasileira, pois pelo que se pode notar da redação do inciso, por exemplo, um crime de furto simples poderia ensejar a interceptação telefônica, o que, a nosso juízo, seria um exagero, uma inconstitucionalidade.

É cediço que estamos diante de dois direitos de grande estatura no ordenamento jurídico brasileiro, de um lado, o sigilo das comunicações, de outro, um direito tutelado pela legislação penal especial. Aqui, parece óbvio que se possa autorizar a interceptação telefônica em caso de crimes graves, pois aí estaria justificada a quebra do sigilo das comunicações. Tal justificativa teria supedâneo em dois pilares, de um lado, a própria gravidade do crime e, de outro, o interesse público subjacente, porém, se pensarmos na hipótese trazida acima, do furto simples, não vemos como seria possível, em um caso concreto, utilizar-se da interceptação telefônica, mesmo sendo o furto punido com reclusão e, amoldando-se, em tese, aos ditames da Lei 9296.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹³¹ GOMES, 1997, p. 82.

Antônio Scarance Fernandes comenta o assunto, apresentando um aspecto positivo e um aspecto negativo na redação adotada pelo inciso III, conforme pode-se depreender do trecho abaixo:

Só será possível a interceptação em crime punido com reclusão (inciso III). Ficam excluídas as contravenções penais, que são punidas com prisão simples, e os crimes apenados com detenção.

Se, por um lado, é exagerada a regra ao admitir a medida em qualquer delito punido com reclusão, por outro restringe em casos em que poderia ser necessária, como na contravenção do jogo do bicho, ou em crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone.¹³²

Vicente Greco Filho também critica a redação do inciso III, acreditando ser muito abrangente em virtude de o direito brasileiro contemplar inúmeros casos que sejam punidos com reclusão, conforme pode-se depreender, *in verbis*:

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “furor incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação de instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.¹³³

Ada Pellegrini Grinover explica a situação de forma interessante, mas tem entendimento conforme a grande maioria da doutrina pátria acerca do assunto, asseverando que:

É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação. O direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica.¹³⁴

¹³² FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 15-16, ago. 1996.

¹³³ GRECO FILHO, 1996, p. 17.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

Em seguida, a professora, assim como nós, entende que a aplicação a toda e qualquer infração punida com reclusão seria inconstitucional, o que torna necessário que o magistrado restrinja o espectro de aplicação do inciso III, aplicando-o somente para alguns casos específicos, em que, à luz do princípio da proporcionalidade, tenhamos a prevalência de bens jurídicos relevantes em face do sigilo das comunicações. Ada Pellegrini Grinover assim explica o assunto:

Cabe indagar se a postura do legislador brasileiro poderia ser acoimada de inconstitucional.

Parece-me que sim. Os sistemas constitucionais modernos adotam, expressa ou implicitamente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados. Entre nós, o princípio decorre de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais (como, por exemplo, o art.60, § 4º, IV CF), convertendo o princípio da reserva legal em *princípio da reserva legal proporcional*, na feliz expressão de Suzana de Toledo Barros.¹³⁵

Ainda nesse particular, é importante reforçar, por fim, que Antônio Magalhães Gomes Filho faz exatamente a mesma crítica que os outros doutrinadores, mas toca de maneira mais aprofundada na questão do princípio da proporcionalidade como elemento limitador do Art. 2º, inciso III da Lei das Interceptações Telefônicas, ensinando-nos o seguinte:

De fato, ao restringir a utilização desse poderoso recurso técnico às hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não pretendeu a Constituição, certamente, outorgar uma carta branca para que o legislador ordinário autorizasse o seu emprego na apuração de todos os crimes punidos com reclusão, como faz o art. 2º, inc. III, da Lei 9.296/96.

Ao contrário, referindo-se a hipóteses em que a lei poderia autorizar as interceptações, o próprio texto constitucional incumbiu-se de indicar a imperiosidade de uma ponderação antecipada, pelo legislador, entre o direito à intimidade, tutelado de forma ampla pelo inc. XII do art. 5º, e o direito à prova no processo penal. Parece claro que somente diante da excepcional gravidade de certos delitos ou da forma particular de execução de outros (como, v.g., ameaça ou injúria cometidas por telefone), é que seria justificável a intromissão do aparato repressivo nas conversações telefônicas, com o fim de colher informações.¹³⁶

Em suma, parece que a doutrina brasileira é uníssona ao criticar a redação do inciso III do Art. 2º, conforme expusemos acima, cabendo agora avançar para a análise do parágrafo único do artigo acima elencado.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹³⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 14, ago. 1996.

Este dispositivo traz norma constando os requisitos necessários tanto ao requerimento quanto à decisão do juiz que defere a interceptação telefônica, uma vez que ressalta a necessidade de, em qualquer hipótese, ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Podemos notar, em uma primeira leitura do dispositivo, que a interceptação telefônica pode ser utilizada para verificar a situação objeto da investigação, o que traz questão interessante a ser analisada no que tange ao conhecimento fortuito de outros fatos.

Percebendo os principais pontos que traz o parágrafo único, Antônio Scarance Fernandes leciona o seguinte:

No parágrafo único, do artigo 2º, estão elencadas algumas formalidades essenciais do requerimento e da decisão relacionadas à situação objeto da investigação e ao indiciado, devendo a primeira estar delineada com clareza e o segundo suficientemente qualificado, salvo impossibilidade manifesta.

A previsão é semelhante à do art. 243 do CPP sobre o conteúdo do mandato de busca e apreensão (incisos I e II) e, certamente, surgirão problemas similares aos ocorrentes na aplicação daquele dispositivo, relacionados com o desvio de finalidade do mandato quando, no decorrer da diligência de busca domiciliar, surge a necessidade ou possibilidade de apreender objeto diverso daquele que era procurado, mas relevante para o prova do crime apurado ou de outro delito. Será bem provável que, no desenrolar da interceptação, venha a autoridade policial a ter notícia de outros crimes, diversos daqueles que eram objeto da investigação. Será assunto que, sem dúvida, gerará controvérsias.¹³⁷

Ada Pellegrini Grinover também trata, sinteticamente, acerca do conhecimento fortuito de outros fatos, trazendo, inclusive, exemplo pautado no direito comparado, conforme podemos ver abaixo:

Mas não se trata senão de idéia insinuada pela redação dos dispositivos. À falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá na prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal poder, ou não, ser utilizada em investigação ou processo instaurado por fatos diversos. Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita.

A legislação estrangeira dá resposta expressa a tal indagação: assim, v.g., o art.270 do Código de Processo Penal italiano veda a utilização dos resultados das interceptações em procedimentos diversos daqueles em que foram autorizadas, ressalvado o caso de sua indispensabilidade para o acerto de infrações penais em que for obrigatória a prisão em flagrante.¹³⁸

¹³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas : aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 15-16, ago. 1996.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

Como pudemos perceber acima, Ada Pellegrini Grinover traz o direito comparado para solucionar o problema de conhecimento fortuito de outros fatos durante a interceptação telefônica, sustentando que não seria possível sua utilização.

Em que pese seja respeitabilíssima a posição acima descrita, com a *maximavenia*, não concordamos com tal posicionamento, pois entendemos que o ordenamento jurídico protege o sigilo das telecomunicações, o qual só poderá ser excepcionado em casos especiais, contudo, acreditamos que, uma vez excepcionado o sigilo, o conhecimento fortuito de outros fatos e sua utilização é possível.

Em nossa opinião, como afirmado, é lícita a interceptação realizada na hipótese acima descrita, não havendo razão para que eventual prova que dela exsurja seja eivada de nulidade, uma vez que o direito já foi excepcionado anteriormente e a devassa já foi realizada.

Destarte, não visualizamos justificativa para não se utilizar as provas produzidas, uma vez que a barreira principal foi derrubada de maneira lícita, o que, obviamente, somente ocorrerá se forem respeitados a constituição e o princípio da proporcionalidade.

Adicionalmente, o único ponto que entendemos deva ser utilizado como limitador dos conhecimentos fortuitos é o fato de a matéria ser ou não penal. Em nosso juízo, o fato de ser lícito utilizar informações achadas fortuitamente somente poderá ocorrer se a matéria for penal, pois o inciso XII do Art. 5º da Constituição, de maneira clara, limita o âmbito de atuação da interceptação telefônica unicamente à seara penal, tendo em vista que preconiza ser lícita a interceptação telefônica em duas ocasiões, na investigação criminal ou na instrução processual penal.

A razão para entendermos de tal forma é pautada em diversos fatores, primeiro, que há, inegavelmente, um interesse público em situações que envolvam direito penal e segundo, que há todo um procedimento, realizado de forma lícita, que embasa a violação ao sigilo das comunicações telefônicas.

O procedimento realizado de forma lícita, que autoriza a interceptação, obviamente, não irá ser referente ao fato encontrado, mas em nossa opinião, o que deve ocorrer é unicamente o respeito aos ditames legais e constitucionais, que juntos, entendemos poderem ser rotulados de pressuposto geral e a verificação do princípio da proporcionalidade, rotulado como pressuposto específico, que deverá ser analisado pelo juiz, verificando o caso concreto quando do conhecimento fortuito.

Em suma, parece-nos que no momento em que for encontrada informação fortuitamente, relativamente a crimes punidos com reclusão, e que forem respeitados todos os pressupostos constitucionais e legais autorizadores da interceptação, analisará o juiz a aplicação

do princípio da proporcionalidade no caso concreto, isto é, se de fato seria razoável excepcionar o sigilo das comunicações em face da situação descoberta fortuitamente, à luz do interesse público.

A posição que sustentamos, conforme explica Luiz Flávio Gomes, é pacífica no direito italiano, porém, como veremos, o autor não concorda com tais conclusões, dizendo que “No direito italiano admite-se, censuravelmente, qualquer encontro fortuito, desde que o fato descoberto tenha conexão com algum crime cuja prisão seja obrigatória.”¹³⁹

De fato, se analisarmos a jurisprudência da Corte Constitucional Italiana, percebemos que na sentença 113 de 2010, a corte expressa seu posicionamento acerca dos encontros fortuitos em interceptação telefônica. Tais características podem ser percebidas no seguinte trecho da sentença 113:

Né, d'altra parte, potrebbetrascurarsilacircostanzacheladistinzione – pure teoricamente chiarissima – tra intercettazioni «indirette» e «fortuite», tracciata dallacitata pronuncia, abbia, in concreto, confini stremamente labili. Allastregua di ciò, anche a ritenere che il vaglio successivo delle Camere sulle intercettazioni «occasionalmente» non sia costituzionalmente imposto, esso sarebbe comunque costituzionalmente consentito, ed anzi perfettamente coerente con il dettato ed i fini della norma costituzionale. Nessuna lesione risulterebbe pertanto ravvisabile, né in rapporto all'art. 3 Cost. – essendo la diversità di regime rispetto al comune cittadino giustificata dalle particolari esigenze di tutela, non tanto del parlamentare, quanto del potere legislativo – né in riferimento agli artt. 24 e 112 Cost.¹⁴⁰

Do texto supra, podemos perceber que os encontros fortuitos são perfeitamente coerentes com a finalidade e a letra da norma constitucional, de tal sorte que não haveria nenhuma lesão às leis italianas, desde que conexos com crimes cuja prisão seja obrigatória.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal entende que é possível a utilização de informações obtidas de maneira fortuita, porém, traz limitação quando exige que sejam conexas com a infração que foi objeto da interceptação, como podemos verificar na ementa abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi

¹³⁹ GOMES, 1997, p. 193.

¹⁴⁰ ITÁLIA. Constituição. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=113>> Acesso em: 27 fevereiro de 2012.

objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido.¹⁴¹

Ademais, é importante aprofundar um pouco mais a visão do Pretório Excelso, razão pelo qual, analisaremos abaixo outra ementa, um pouco alongada, mas que faz referência, especificamente, ao encontro fortuito de novos fatos, bem como a muitos outros assuntos que serão estudados posteriormente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

1. É Possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9296/96.

2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia.

Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados.

3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuidade das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas, o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art., 6, § 2 da L.9296/96).

4. Na linha do art. 6, caput, da L. 9296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências é prioritariamente da polícia.

O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas.

5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.

Do contrário, a interceptação do art. 2, III da L. 9296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.

Habeas corpus indeferido.¹⁴²

A ementa acima, apesar de bem detalhada, trata especificamente do encontro fortuito de outros fatos na interceptação telefônica no item 5, acima, asseverando que, se lícita a

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 626214 AgR/MG, Brasília, DF, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28intercepta%E7%E3o+telef%F4nica+fortuito%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2012.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 83515/RS, Brasília, DF, 16 de setembro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2012.

interceptação telefônica, respeitando os ditames constitucionais e da Lei 9296/96, o encontro fortuito de fatos novos durante a interceptação telefônica é possível, mas necessário que sejam conexos com o crime que autorizou a interceptação telefônica.

Por fim, resta trazer a esclarecedora síntese elaborada por Luiz Flávio Gomes, que colaciona posicionamento de vários doutrinadores, lecionando da seguinte forma:

Na doutrina nacional, neste assunto, já se entrevê divergência: Damásio E. De Jesus, entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese. Vicente Greco Filho adota o critério da conexão, continência e concurso de crimes. Como vimos, cremos que o critério da conexão seja válido para resolver a questão. Mas só nas hipóteses de conexão e continência (estritamente interpretadas) é que a prova seria válida. No nosso entendimento, não parece acertada a ampliação para qualquer hipótese de concurso de crimes.¹⁴³

3.3.2 Autoridades Competentes

O legislador define a autoridade competente para autorizar uma interceptação no art. 3º da Lei 9296/96, que expressa de forma clara que o juiz poderá autorizar, de ofício, ou a requerimento alguma das partes arroladas nos dois incisos do artigo em comento, quais sejam, a autoridade policial, na investigação criminal ou o representante do Ministério Público, na investigação criminal ou na instrução processual penal.

Preliminarmente, é interessante perceber que a lei atribui, com exclusividade, ao juiz a competência para conceder a interceptação telefônica, de tal sorte que se analisarmos o artigo em comento conjuntamente com o que dispõe o artigo inaugural da Lei 9296/96, concluímos que o juiz competente para autorizar a interceptação telefônica será aquele que também for competente para a ação principal.

Vale fazer breve comentário acerca da expressão “de ofício”, que consta no *caput* do artigo *in examine*, pois há quem diga que a expressão pode ser inconstitucional por comprometer a imparcialidade do juiz.

Nesse ponto, entendemos que não há como dizer que a possibilidade de o magistrado atuar de ofício é inconstitucional, primeiro, pois o juiz atua em busca da verdade real, objetivando aclarar os fatos trazidos a ele, segundo, que o juiz ao fazê-lo poderá colher elementos que tanto possam favorecer quanto prejudicar o réu.

¹⁴³ GOMES, 1997, p. 195.

Concordamos, destarte, com a opinião de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, que sintetiza a temática em questão conforme a seguir será visto:

Assim, interpretada a faculdade do art. 3 da Lei 9296/1996 em conformidade com a Constituição Federal, depreendemos que o poder-dever do juiz em determinar a interceptações de ofício não importa em deslocamento de sua imparcialidade natural e muito menos em ato e investigação, mas tão somente de providência justificada na necessidade de preservação da prova e na busca da verdade como os fatos realmente se deram. Não há, assim, de inconstitucional nesse procedimento, na visão de vários autores.¹⁴⁴

Avançando na análise da legislação, agora abordando o momento em que é realizada a apreciação judicial vinculada à interceptação telefônica, Luiz Flávio Gomes ensina que, em nossa legislação “Adotou-se, em suma, o controle judicial prévio da legalidade da interceptação telefônica”.¹⁴⁵

Em sentido diametralmente oposto, sustentando o controle posterior de legalidade, Luiz Vicente Cernicchiaro leciona o seguinte:

Melhor seria se a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema da verificação posterior de legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do Ministério Público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência, encaminhariam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno Código de Processo Penal da Itália (art. 267.2). Com efeito, a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento, mesmo fora do expediente do Judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização verbal (art. 4º, § 1º) possa cobrir todas as hipóteses.¹⁴⁶

Nesse ponto, concordamos com Luiz Flávio Gomes, pois parece inaceitável o controle de legalidade posterior, tendo em vista a excepcionalidade da medida e a importância do direito a ser mitigado, que conta com assento constitucional, devendo estar aos cuidados do juiz de direito competente.

Salientamos, outrossim, que o *caput* do artigo em questão deixa claro que a decisão de conceder ou não a interceptação telefônica ficará ao arbítrio do juiz, pois a lei fala que a interceptação “poderá” ser determinada pelo juiz. A nosso ver, o juiz deverá analisar o caso concreto e, se entender preenchidos todos os requisitos necessários, deverá deferir a interceptação telefônica.

¹⁴⁴ VASCONCELOS, 2011, p. 47.

¹⁴⁵ GOMES, 1997, p. 197.

¹⁴⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96: interceptação telefônica. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, p. 03, out. 1996.

Em verdade, não se trata de ato discricionário do magistrado, mas sim um ato passível de análise com base no caso concreto e nos princípios constitucionais, de tal sorte que, se preenchidos todos os requisitos e não houver outro meio de prova possível naquele determinado momento, o juiz terá de autorizar a interceptação telefônica.

Os incisos do artigo em comento trazem os sujeitos autorizados a requerer a interceptação telefônica, porém, a lei somente elenca a autoridade policial e o membro do Ministério Público, o que gerou inúmeras críticas no âmbito doutrinário.

Ada Pellegrini Grinover expressa sua indignação com a norma, consignando o seguinte a respeito do dispositivo:

O art.3º, relativo à determinação judicial de interceptação, de ofício ou a pedido da autoridade policial (na investigação) ou do Ministério Público (nessa e na instrução processual) é criticável, por omitir a vítima e o próprio indiciado ou acusado. Mas é evidente que estes também estão legitimados ao requerimento, em face das garantias constitucionais, entre as quais se insere o direito à prova, reconduzível aos incs. LIV e LV do art.5º da Constituição²⁶. E na ação penal de iniciativa privada (como no caso de estupro), somente a vítima poderá formular o pedido.¹⁴⁷

Como pudemos perceber, Ada Pellegrini Grinover critica a limitação dos legitimados a requerer a interceptação telefônica, contestando a omissão do legislador em relação à vítima e ao próprio indiciado ou o acusado.

Luiz Flávio Gomes, apresentando um ponto de vista um pouco diferente, acentua a possibilidade de a vítima ou do próprio indiciado fazer a requisição da interceptação por intermédio de um dos sujeitos legitimados, conforme pode-se depreender abaixo:

A lei não conferiu à vítima, na ação penal pública, a possibilidade de requerer diretamente a interceptação: mas nada impede que formule tal sugestão à autoridade policial ou ao representante do Ministério Público, para que requeiram a medida cautelar. Na ação penal privada a vítima, por analogia, pode requerer a interceptação. Se se habilitou como assistente do Ministério Público na ação pública, pode sugerir-lhe a medida: mas não poderá requerê-la ao juiz diretamente. O advogado, em virtude do princípio da paridade de tratamento, embora muito excepcionalmente, pode requerer a interceptação para a defesa de um direito do suspeito ou do acusado. A constituição programou a interceptação para fins criminais, mas não distinguiu se em favor da acusação ou da defesa.¹⁴⁸

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹⁴⁸ GOMES, 1997, p. 209.

Ademais, vale trazer à colação a opinião de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, que aprofunda a questão, explicitando os requisitos necessários à concessão da interceptação, o que podemos notar na passagem abaixo transcrita:

Entendem alguns autores que nada impede sejam as interceptações requeridas pelo querelante, condicionando-se, porém, que já estejam presentes os demais requisitos que autorizam a medida (indícios de autoria, crime punido com reclusão e excepcionalidade da iniciativa) e desde que já haja processo penal regularmente instaurado.¹⁴⁹

Por fim, em relação aos incisos do Art. 3º, cabe somente apontar que o legislador especificou, de maneira correta, o momento em que os legitimados a pedir a interceptação poderão fazer o pedido. A autoridade policial poderá fazer o pedido em razão de investigação criminal e o representante do Ministério Público poderá requerer a interceptação em duas hipóteses, na a investigação criminal e na instrução processual penal, repetindo, assim, o que reza o inciso XII, do Art. 5º da Lei Maior.

3.3.3 Requisitos

Inicialmente, ao falarmos em requisitos da interceptação telefônica, é importante salientar que dois momentos distintos devem ser analisados, pois cada um deles possui suas especificidades. O primeiro momento refere-se ao pedido da interceptação telefônica, tratado no Art. 4º da Lei 9296/96 e na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça, de 9 de setembro de 2008. O segundo momento trata da decisão judicial, conforme poderemos ver na análise do Art. 6º da Lei 9296/96 e também na Resolução 59 do CNJ.

3.3.3.1 Requisitos do Pedido de Interceptação

O pedido de interceptação, como visto, poderá ser realizado de ofício pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Ademais, a doutrina traz como legitimados a própria vítima e o réu.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, 2011, p. 45.

Tendo isso como pano de fundo, vamos agora tratar do pedido que uma das partes acima arroladas fará ao juízo para que seja deferida a interceptação telefônica.

A Lei das Interceptações trata desse assunto no seu Art. 4º, asseverando que 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.

Ora, podemos perceber que a lei exige um conteúdo específico ao pedido composto por dois elementos, o primeiro consiste na demonstração de que a realização da interceptação é necessária à apuração da infração penal e o segundo consiste na indicação dos meios a serem empregados.

Nesse particular, Luiz Flávio Gomes aprofunda a análise dos requisitos do pedido de interceptação telefônica, lecionando que os requisitos trazidos na lei são os mínimos necessários, de tal sorte que o pedido deverá ser muito bem fundamentado, em diversos aspectos, conforme notaremos em seguida na explicação do autor acima elencado, que assenta a necessidade de um primeiro requisito:

A necessidade da medida está atrelada ao *periculum in mora*, é dizer, risco para a tutela de um direito (à segurança, no caso), se porventura nenhuma providência for tomadamediamente. É a inexistência de outros meios disponíveis para a obtenção da prova (art. 2, inc. II) que revela a necessidade. Esta, de outro lado, como vimos, integra o conceito de proporcionalidade. De tudo quanto disponha o requerente (autoridade policial ou Ministério Público) para demonstrar tal necessidade, convém que seja exposto. Sem tal demonstração o pedido deve ser indeferido.¹⁵⁰

Ademais, Luiz Flávio Gomes comenta o segundo requisito da seguinte maneira:

A lei exige também a indicação dos meios a serem empregados: quais são, os motivos da escolha e como funcionam. Urge evidenciar que tipo de aparelho ou tecnologia será utilizada; como funcionam; se serão ou não requisitados os serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7); como dar-se-á a gravação (art. 6); de que forma será a captação da comunicação (art. 5º) etc.¹⁵¹

Por fim, Luiz Flávio Gomes, que denomina os dois requisitos acima elencados de “mínimos”, traz de forma didática, quais são os outros elementos do pedido, conforme notamos abaixo:

Além desses requisitos mínimos, considerando que o Juiz terá de fundamentar sua decisão, e isso dar-se-á basicamente com apoio no pedido formulado, é essencial que dele ainda constem: a) quais são os indícios de autoria ou participação; b) quais provas

¹⁵⁰ GOMES, 1997, p. 211.

¹⁵¹ Ibid, p. 211.

existem sobre a existência do delito (materialidade) ; c) que se trata de infração punida com reclusão; d) descrição clara da situação objeto da investigação (base fática do pedido); e) indicação e, se possível, qualificação do sujeito passivo ou sujeitos passivos da medida; f) qual linha telefônica será interceptada; g) qual seria a duração ideal da captação (não pode exceder quinze dias).¹⁵²

Antônio Scarance Fernandes também leciona a respeito dos requisitos, sendo porém, menos específico em sua enumeração:

A interceptação poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento da Quando houver pedido, que poderá ser escrito ou verbal, com redução a termo (art. 4º, § 1º), deverá conter:

- a) a descrição clara da situação objeto da investigação e indicação da qualificação do investigado, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada (art. 2º, parágrafo único);
- b) a demonstração de que a realização é necessária à apuração da infração penal e não há outros meios disponíveis (art. 4º, "caput", primeira parte, c.c. art. 2º, II);
- c) a indicação dos meios a serem empregados na interceptação (art. 4º "caput", segunda parte), da forma de execução (art. 5º) e, se for o caso, se serão requisitados serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos (art. 7º) e se será feita a gravação e transcrição da comunicação telefônica (art. 6º, § 1º).¹⁵³

Pudemos notar do trecho acima, que Antônio Scarance Fernandes inicia sua exposição, esclarecendo que o pedido poderá ser escrito ou verbal. De fato, inferimos da redação do §1º do Art. 4º, que, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

O dispositivo acima em comento merece ser transcrito, para que possamos fazer uma análise mais detalhada de sua redação, que preceitua “§ 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.”.¹⁵⁴

Ora, podemos notar dois aspectos principais na redação supratranscrita, o primeiro consiste no fato que o pedido, em regra, deverá ser formulado por escrito, mas que excepcionalmente, poderá ser verbal e, posteriormente, reduzido a termo.

O segundo ponto que nos chama atenção é percebido na expressão “desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação”, uma vez que, a nosso ver, tal trecho é totalmente dispensável, pois não nos parece lógico a lei dizer uma coisa que o juiz terá

¹⁵² GOMES, 1997, p. 211.

¹⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 15-16, ago. 1996.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

obrigatoriamente de fazer, isto é, parece-nos claro que se não estiverem presentes os requisitos, sendo o pedido verbal ou por escrito, o magistrado não irá autorizar a interceptação.

Por fim, o Art. 4º, em seu § 2º faz referência ao prazo que o juiz terá para analisar o pedido de interceptação telefônica, preceituando que o juiz decidirá, no máximo, em vinte e quatro horas.

Notamos que o prazo a que a lei faz referência é o prazo máximo, isto é, mesmo que haja necessidade de oitiva do Ministério Público, faz-se necessário cumprir este prazo, com o termo inicial e o final em consonância com o que leciona Luiz Flávio Gomes:

Seu momento *a quo* (início da contagem) é o do termo de conclusão dos autos apartados ao juiz. Declarando motivo justo, pode o juiz exceder por igual tempo o prazo de vinte e quatro horas (CPP, art. 800, § 3). Não havendo motivo justo ou passadas quarenta e oito horas, pode o juiz perder seus vencimentos, tantos dias quantos forem os excedidos (CPP, art. 801).¹⁵⁵

Nesse ponto, importante analisar o que dispõe a Resolução 59 de 9 de setembro de 2008 do Conselho Nacional de Justiça, sendo necessário mencionar que tal resolução tem por escopo disciplinar e uniformizar as rotinas do procedimento da interceptação telefônica.

O primeiro artigo que devemos fazer referência é o Art. 2º, que preceitua a necessidade de se encaminhar os pedidos de interceptação telefônica à distribuição da respectiva comarca ou subseção judiciária, em envelope lacrado, contendo o pedido e documentos necessários.

Obviamente, o envelope lacrado objetiva que o sigilo protetor do segredo que consta nos documentos dentro do envelope não seja divulgado de forma alguma.

Em seguida, no Art. 3º, a resolução em comento traz alguns elementos que devem constar na parte externa do envelope, objetivando a identificação do ato e da parte que o requer. A resolução orienta no sentido de que seja colada, na parte exterior do envelope, uma folha de rosto, contendo somente as informações arroladas nos incisos I, II e III do dispositivo em análise.

O primeiro inciso, orienta no sentido de se colocar a expressão “medida cautelar sigilosa”. O segundo inciso trata da parte que requisita a interceptação, devendo constar, assim, a delegacia de origem ou o órgão do Ministério Público que requer a medida. Por fim, o último inciso traz a necessidade de se identificar a comarca de origem da medida.

O próximo artigo da Resolução somente reafirma a proibição de que seja feita qualquer referência à interceptação telefônica na folha de rosto, a que fizemos referência no artigo anterior. Com efeito, o dispositivo é bem específico, alegando ser vedada a indicação do nome do requerido, da natureza da medida ou qualquer outra anotação.

¹⁵⁵ GOMES, 1997, p. 212.

Adicionalmente, a Resolução 59, no Art. 5º, faz referência a outro envelope, só que menor e também lacrado, contendo em seu interior apenas o número e o ano do procedimento investigatório ou do inquérito policial que deverá ser anexado ao envelope lacrado que mencionamos acima. A Resolução, em seguida, no próximo dispositivo vedado distribuidor e ao plantão judiciário o recebimento de qualquer dos envelopes caso estejam violados.

Avançando na análise, encontramos a seção II do diploma em comento, que trata da rotina de recebimento dos envelopes pela serventia. Aqui, não há muito que se analisar de forma pormenorizada, pois a redação dos artigos é bastante clara, primeiro, ao afirmar que, uma vez recebidos os envelopes e conferidos para ver se estão devidamente lacrados, o servidor responsável pela distribuição deverá abrir o envelope menor e efetuar a distribuição, cadastrando no sistema apenas o número do procedimento investigatório e a delegacia ou o órgão do Ministério Público de origem.

Em seguida, a Resolução preceitua, em seu Art. 9º, que uma vez feita a distribuição por meio do sistema informatizado, a medida cautelar será remetida ao Juízo competente sem violação do lacre do envelope principal.

Por fim, vale transcrever a redação do parágrafo único do artigo acima elencado, que reza o seguinte, “Recebido o envelope lacrado pela serventia do Juízo competente, somente o escrivão ou o responsável pela autuação do expediente e registro dos atos processuais, previamente autorizado pelo Magistrado, poderá abrir o envelope e fazer conclusão para apreciação do pedido.”.¹⁵⁶

3.3.3.2 Requisitos da Decisão Judicial

A decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica, bem como todos os julgamentos realizados por órgãos do Poder Judiciário devem ser motivados, conforme podemos depreender da redação do Art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Luiz Flávio Gomes esclarece a importância da fundamentação da decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica, pautando sua explicação em dois pontos principais, conforme notaremos em seguida:

¹⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 59 de 9 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12174-resolu-no-59-de-09-de-setembro-de-2008>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a interceptação telefônica é medida *inaudita altera parte*, logo, a exigência de fundamentação não pode ser encarada efetivamente como pura formalidade, senão como requisito essencial para a salvaguarda do direito à intimidade; o Juiz deve ser rigoroso no exame dos pressupostos e requisitos da interceptação, porque é o único controlador da devassa; esse controle deve ser efetivo, real, porque feito por quem goza de independência frente aos órgãos da *persecutiocriminis*; urge a observância da legalidade estrita porque a quebra do sigilo é medida excepcional e restritiva de um direito fundamental; a motivação, por tudo isso, deve ser exaustiva, razoável, convincente, ponderada, proporcional.

Em segundo lugar, cabe recordar que nosso *iuspositum* adotou o sistema do controle judicial prévio, logo, antes de a medida ser concretizada, deve atender a legalidade estrita.¹⁵⁷

Em seguida, o Art. 5º da Lei 9296/96 trata dos elementos que devem formar a decisão judicial, rezando, inicialmente, que a decisão judicial deverá indicar a forma de execução da diligência.

Nesse ponto, Vicente Greco Filho esclarece a atuação do juiz, ensinando o que se segue:

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 de 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.¹⁵⁸

Outrossim, devemos aprofundar a análise nesse ponto, trazendo à colação os preceitos elencados na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça, que em sua seção III, intitulada “Do deferimento da medida cautelar de interceptação” estabelece que o magistrado fará constar expressamente em sua decisão sete itens, transcritos nos incisos do Art. 10 da Resolução em exame. A primeira exigência diz respeito à indicação da autoridade requerente; a segunda, que constem os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados; a terceira exigência está ligada ao prazo da interceptação, que, como vimos, conforme diz a lei, poderá ser por quinze dias, prorrogáveis por mais quinze dias, lembrando também que a jurisprudência atual relativiza o texto legal, pois permite sucessivas prorrogações, desde que preenchidos os requisitos; a quarta exigência consiste na indicação dos titulares dos referidos números que serão objeto da interceptação; a quinta exigência, na verdade, trata-se de um aviso, trazendo expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão, o que consubstancia uma maneira de informar os responsáveis pela interceptação que, se suas condutas extrapolarem a ordem judicial, poderão ser

¹⁵⁷ GOMES, 1997, p. 214.

¹⁵⁸ GRECO FILHO, 1996, p. 30.

responsabilizados; a sexta exigência consiste na apresentação dos nomes das autoridades policiais responsáveis pela investigação e que terão acesso às informações; por fim, a sétima exigência consubstancia a apresentação dos nomes dos funcionários do cartório ou da secretaria responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária.

Os §§ 1º e 2º, em verdade, somente tratam da necessidade de se reduzir a termo o pedido de interceptação e que a decisão judicial será sempre escrita e fundamentada, o que já tratamos no presente estudo.

Posteriormente, a lei fala em um prazo máximo de quinze dias para a interceptação telefônica, prorrogável por uma vez, comprovada a indispensabilidade desse meio de prova.

Aqui, a jurisprudência tem importante papel, pois a literalidade desse dispositivo não é aplicada, tendo em vista a possibilidade, na prática, de várias prorrogações.

Podemos notar a característica acima em parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que aduz “É Possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9296/96.”¹⁵⁹

Ademais, esse entendimento que o Supremo Tribunal federal sustenta é o mesmo do Superior Tribunal de Justiça, conforme notaremos na ementa que se segue:

Paciente preso por estar envolvido em quadrilha especializada em furto e roubos de carga (art. 288 do CP) insurge-se, em habeas corpus, quanto ao fato de a interceptação telefônica ter sido realizada além do prazo legal (6 meses - Lei n. 9.296/1996), a caracterizar obtenção de provas por meio ilícito e o excesso de prazo na manutenção da custódia cautelar. Após a impetração, chegou aos autos a informação de que fora proferida sentença penal condenatória. Para o Min. Relator, o fato de sobrevir sentença no caso não prejudica o pedido em torno da prisão provisória, entendida a prisão resultante de sentença também como prisão de caráter cautelar. Destacou, quanto à interceptação telefônica, incensurável a decisão a quo; pois, segundo precedentes da Turma, é possível renová-la quantas vezes forem necessárias, desde que comprovada sua necessidade. Por outro lado, ressaltou que o Tribunal a quo deixou de pronunciar-se quanto ao excesso de prazo. Assim, conheceu do pedido em parte, mas denegou a ordem, sendo acompanhado pela Turma. Precedentes citados: RHC 15.121-GO, DJ 17/12/2004, e HC 40.637-SP, DJ 26/9/2005. HC 50.193-ES, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 11/4/2006.¹⁶⁰

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 83515/RS, Brasília, DF, 16 de setembro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2012.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 50193/ES, Brasília, DF, 11 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200501938530>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2012.

Nesse ponto, importante lembrar o que diz a Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça a respeito da prorrogação do prazo da interceptação telefônica, o que verificamos no Art. 14, cujo *caput* que reza que, quando da formulação do pedido de prorrogação de prazo, deverão ser apresentados os áudios (CD/DVD) com o inteiro teor das comunicações interceptadas, as transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e o relatório circunstanciado das investigações com seu resultado.

No mesmo artigo, o § 1º trata de uma garantia, mencionando a necessidade de sigilo das informações captadas, esclarecendo até como será realizada tal proteção, que será por meio de criptação das informações e também por limitação do acesso, utilizando-se de chaves definidas pelo magistrado que conduzir o processo criminal.

O segundo parágrafo do artigo em comento trata da forma que as informações serão entregues, que ocorrerá pessoalmente pela autoridade responsável pela investigação ou seu representante expressamente autorizado, ao magistrado competente ou ao servidor por ele indicado.

A atuação do magistrado não se detém à prolação da decisão que defere ou indefere a interceptação, pois deverá também realizar a expedição de ofícios às operadoras de telefonia, que serão as responsáveis por realizar a interceptação.

A Resolução 59 do CNJ é bastante detalhada nesse ponto, trazendo diversos elementos que obrigatoriamente deverão constar no ofício. O assunto é tratado no Art. 11 da Resolução, que inicia apontando que ofícios expedidos às operadoras deverão ser gerados pelo sistema informatizado do respectivo órgão jurisdicional ou por meio de modelos padronizados definidos pelas respectivas Corregedorias locais, dos quais deverão constar obrigatoriamente dez elementos.

O primeiro elemento a que se fez referência, é o número do ofício sigiloso, seguido pelo número do protocolo, a data da distribuição, o tipo de ação, o número do inquérito ou processo, órgão postulante da medida, que poderá ser, como vimos, a Delegacia de origem ou Ministério Público e, por fim, o elemento mais importante, o número dos telefones que tiveram a interceptação ou quebra de dados deferida.

Ademais, o mesmo diploma aponta a necessidade de constar do ofício a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão, bem como uma advertência de que o ofício-resposta deverá indicar o número do protocolo do processo ou do plantão judiciário, sob pena de recusa de seu recebimento pelo cartório ou secretaria judicial.

Finalizando, o ofício deve conter uma advertência da regra contida no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, o que é importante para que os responsáveis por realizar a interceptação telefônica

saibam que se trata de uma medida excepcional e que, na hipótese de descumprimento da ordem judicial nos exatos termos trazidos no ofício, ensejarão a responsabilização penal do infrator.

3.3.4 Procedimento

Ao analisarmos os procedimentos da interceptação telefônica, notamos na redação do Art. 6º da Lei 9296/96, que quem conduz o procedimento de interceptação é a autoridade policial, devendo-se dar ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização.

Vale, nesse ponto, transcrever passagem que Luiz Flávio Gomes trata da atuação da autoridade policial, apontando o seguinte:

Quem conduz os procedimentos operacionais da interceptação é a autoridade policial. Somente ela, pelo *iuspositum*, detém esse poder. Não se pode confundir, no entanto, esse controle operacional com o controle probatório e de legalidade, que é de responsabilidade do juiz. São distintos os controles e tudo foi pensado para se conferir à prova a licitude e legitimidade necessárias.¹⁶¹

Ademais, importante comentar acerca da atuação do *Parquet*, que em verdade, realizará a supervisão, conforme notamos no trecho em que Luiz Flávio Gomes aborda esse aspecto:

O Ministério Público, como se vê, não pode conduzir as operações de captação das comunicações. Essa é uma tarefa exclusiva da autoridade policial, que pode requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços público. (art. 7º). A lei colocou essa requisição como facultativa, mas, na verdade, na grande maioria das interceptações, será a única forma de se viabilizar a medida cautelar, porque a polícia judiciária nem sempre conta com meios próprios adequados para tais diligências.¹⁶²

Com efeito, o que acontece é a expedição de um ofício pelo Magistrado à companhia telefônica, constando os números de telefone a serem interceptados, o que ocorre com o simples desvio das conversas telefônicas a um canal que a polícia judiciária terá acesso.

Nesse ponto, importante trazer a crítica que Ada Pellegrini Grinover faz a respeito do procedimento da interceptação telefônica:

A forma de execução da diligência, diz o mesmo art.5º em análise, deverá ser indicada pelo juiz na decisão que autoriza a interceptação. Mas o art.6º prevê que a própria autoridade policial conduza os procedimentos de interceptação, com ciência ao

¹⁶¹ GOMES, 1997, p. 221.

¹⁶² Ibid, p. 221.

Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização. Por sua vez, o art.7º permite à autoridade policial requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos.

Nesse ponto, a lei não é satisfatória. As operações técnicas deveriam ter sido atribuídas, de regra, aos serviços públicos de telefonia, para maior segurança e credibilidade do procedimento de interceptação. A intervenção do Ministério Público tão pouco resolve a questão, até porque meramente facultativa - o que é igualmente inaceitável.

Tem-se aqui um verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27.8.62, com as alterações sucessivas) - considerado inadequado para suprir à exigência constitucional de lei reguladora das hipóteses e "formas" da quebra do sigilo das comunicações telefônicas²⁸ -, mas que ao menos era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (art.152 c/c art. 56, § 2º).

Não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos. Deve o juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art.5º da lei, determinando que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Público.¹⁶³

Vicente Greco Filho também traz sua opinião acerca do procedimento, asseverando que:

Quem conduz a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz, é a autoridade policial (entenda-se autoridade da polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, se se tratar de crime da competência da Justiça Militar), dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.¹⁶⁴

Em seguida, a Lei 9296/96 traz três parágrafos no Art. 6º, sendo que, o primeiro deles, trata da realização com sucesso da interceptação, afirmando que, nesse caso, será determinada a sua transcrição.

Nesse ponto, importante citar a passagem em que Luiz Flávio Gomes explica a função da transcrição:

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. Não é único, no entanto: pode-se fixar em juízo a interceptação por meio da prova testemunhal (oitiva de quem fez a interceptação).¹⁶⁵

Avançando, cabe agora tratar do segundo parágrafo, que elenca uma obrigação da autoridade policial assim que terminada a diligência, ou seja, a autoridade policial encaminhará o

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹⁶⁴ GRECO FILHO, 1996, p. 32.

¹⁶⁵ GOMES, 1997, p. 221.

resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, tendo um resumo de todas as operações realizadas.

Vicente Greco Filho comenta esse aspecto em particular, ensinando-nos que “Em qualquer hipótese, concluída a diligência, deve a autoridade encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas.”¹⁶⁶

Luiz Flávio Gomes, por seu turno, apresenta visão um pouco diferente em alguns pontos, conforme notamos abaixo:

Lendo-se rapidamente o Art. 6º, § 2º, da Lei 9296/96, tem-se a impressão que a autoridade policial, em qualquer hipótese, deve encaminhar tudo imediatamente ao juiz. Não creio que assim seja. Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com Art. 8º, Parágrafo único, que manda apensar o auto apartado da interceptação ao inquérito policial ou ao processo. Urge distinguir as duas hipóteses: interceptação feita no curso de um inquérito policial (ou investigação criminal) e interceptação realizada no curso de um processo. Naquela, penso que a autoridade policial não tem a obrigação de desde logo encaminhar ao juiz; assim, procederá quando terminar o inquérito, apensando-se o auto apartado na fase do relatório (CPP, art. 10); nesta última hipótese (interceptação feita durante a instrução processual), sim, concluída a diligência, tudo deve ser enviado ao juiz imediatamente.¹⁶⁷

Ao avançar para a análise do §3º do Art. 6º, percebemos que o dispositivo aduz que uma vez recebidos os elementos elencados nos parágrafos anteriores, o juiz determinará a providência do Art. 8º da Lei 9296/96, isto é, que a interceptação telefônica seja organizada em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

O Art. 7º da Lei em comento assevera que a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, para que seja realizada a interceptação telefônica. Nesse ponto, importante mencionar as obrigações que a operadora telefônica terá quando realizar esse tipo de atividade, o que poderemos verificar na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça.

A operadora telefônica, nesses casos, como visto acima, receberá um ofício do magistrado, constando inúmeras previsões que deverá respeitar. Ademais, a resolução do Conselho Nacional de Justiça dispõe de uma seção específica para as obrigações das operadoras de telefonia, o que podemos verificar no Art. 12 do diploma supracitado.

Inicialmente, notamos que, assim que a operadora recebe o ofício da autoridade judicial, ela deve confirmar com o Juízo os números cuja efetivação fora deferida e a data em que foi efetivada a interceptação, para fins do controle judicial do prazo.

¹⁶⁶ GRECO FILHO, op. cit., p. 33.

¹⁶⁷ GOMES, 1997, p. 223.

Em seguida, o parágrafo primeiro faz referência a um controle de todas as interceptações telefônicas realizadas no Brasil, que serão supervisionadas pelo Conselho Nacional de Justiça, daí a previsão de que semestralmente as operadoras indicarão em ofício, enviado à Corregedoria Nacional de Justiça, os nomes das pessoas, com a indicação dos respectivos registros funcionais, que por força de suas atribuições, têm conhecimento de medidas de interceptações telefônicas deferidas, bem como os dos responsáveis pela operacionalização das medidas, arquivando-se referido ofício em pasta própria na Corregedoria Nacional.

O segundo parágrafo traz uma simples previsão, dizendo que sempre que houver alteração do quadro de pessoal, a relação mencionada no parágrafo anterior deverá ser atualizada. Tal norma aparenta ser bastante lógica, pois de nada adiantaria ter uma relação com os nomes das pessoas e a indicação dos respectivos registros funcionais daqueles que tiverem acesso às informações sigilosas, se a lista estiver desatualizada.

Ao avançar na análise da Lei 9296/96, verificaremos o que preceitua o art. 8º, que traz redação bem clara, pois reza que a interceptação ocorrerá em autos apartados, apensados ou ao inquérito policial, se a interceptação policial for deferida durante seu transcurso ou no processo criminal. Nesse dispositivo, percebe-se a intenção do legislador de proteger os dados obtidos por meio da interceptação, uma vez que opta por tratar de todos os assuntos relativos à interceptação em autos apartados, o que não prejudicaria a publicidade dos autos principais.

Em nossa opinião, o legislador andou bem ao alocar a interceptação em autos apartados, pois sabe-se que a medida é excepcionalíssima e que o direito à privacidade deve, a todo custo, ser preservado, de tal sorte que, na hipótese de ser excepcionado por meio da interceptação, deverá ser controlado de forma zelosa, dando acesso às informações somente àqueles sujeitos que necessitem ter acesso e, de forma alguma, repassar trechos à imprensa, pois o texto legal é claro ao dizer que deve ser preservado o sigilo das diligências, gravações e transcrições. Nesse aspecto do sigilo das informações obtidas, inclusive, se houver vazamento de informações sujeitas ao segredo de justiça, incorrerá o sujeito responsável pelo vazamento na infração penal elencada no art. 10º da Lei 9296/96.

Vicente Greco Filho traz esclarecimentos a respeito da alocação dos autos da interceptação telefônica em apartado, lecionando o seguinte:

O apartado, quando a interceptação se realizou antes da ação penal, será apensado aos autos do inquérito policial somente logo 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.¹⁶⁸

Notamos do texto acima e da exposição anterior, que a divulgação das informações obtidas por meio da medida cautelar em análise é terminantemente proibida, inclusive, havendo previsão de tipo penal na Lei das Interceptações. Visto por esse ângulo, nos espanta a freqüente divulgação de tais informações na imprensa nacional, pois em que pese comumente a escuta divulgada seja referente a fato delituoso, não há como se justificar a violação ao segredo de justiça com base na liberdade de informação.

Ora, direito à privacidade é excepcionado somente para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, e não para fornecer material jornalístico à imprensa, o que, anosso ver, condena totalmente toda e qualquer veiculação de interceptações telefônicas na imprensa.

Em seguida, devemos mencionar o que preceitua o parágrafo único do Art. 8º a respeito da apensação, que somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, importante trazer a crítica de Ada Pellegrini Grinover a respeito dos momentos em que se realiza o apensamento, com a conseqüente inauguração do incidente, dizendo o seguinte:

Os momentos indicados pela lei são inteiramente inadequados. Quanto ao inquérito policial, a previsão legislativa impede qualquer manifestação produtiva do indiciado, que poderia produzir alegações e provas a respeito do resultado da interceptação, inclusive no tocante à sua autenticidade e à veracidade da voz. Não tem sentido alijar o indiciado do conhecimento de prova que pode ser de importância vital para seus interesses. Reporto-me, nesse ponto, à posição por mim defendida quanto à contrariedade do inquérito policial, a partir da garantia constitucional dos "litigantes, em processo administrativo" (art.5º, inc.LV), hipótese que não se confunde com a dos "acusados" e que assegura o contraditório em qualquer processo administrativo, mesmo não punitivo, em que se verifique conflito de interesses entre os titulares da relação jurídica administrativa.

Pior ainda a disciplina para o processo jurisdicional: não há porque protelar o contraditório para o momento das diligências dos arts.407 e 502 (observe-se que a errônea remissão ao art.538, relativo ao procedimento sumário, é totalmente inaplicável).

A meu ver, o delegado de polícia, no inquérito, e o juiz, no processo, deverão retirar as garantias do contraditório e da defesa diretamente da disposição constitucional, antecipando-as para o primeiro momento em que delas não puder mais derivar prejuízo às investigações.¹⁶⁹

¹⁶⁸ GRECO FILHO, 1996, p. 34.

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

O art. 9º da Lei das Interceptações diz que 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. Ademais, o parágrafo único aduz que o incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

A utilidade do dispositivo acima é clara, pois ao se realizar a interceptação, não é possível saber quais gravações serão utilizadas, tendo em vista que é comum que a autoridade responsável realize a interceptação durante longos períodos até que consiga a informação desejada. O fato é que durante esse período, o indivíduo que teve seu direito à privacidade excepcionado, falará ao telefone por inúmeras vezes e com diversas finalidades pessoais e totalmente desvinculadas da matéria que se procura com a interceptação.

Pelo exposto, notamos o elemento justificador da inutilização das gravações que não interessarem à prova processual, pois nesses casos, não há como se sustentar o afastamento da privacidade. O que teremos nesses casos, é um afastamento do direito à privacidade para que determinada informação seja coletada e, uma vez coletada tal informação ou, se porventura for descoberta outra infração penal fortuitamente, estas serão utilizadas como meio de prova, mas as outras informações obtidas, obrigatoriamente, deverão ser inutilizadas, uma vez que o direito à privacidade deve prevalecer.

Em suma, em nossa opinião, há um afastamento do direito à privacidade quando do deferimento da medida cautelar até a coleta das informações que formarão a prova penal, quando então, a proteção constitucional da privacidade deve voltar a reinar, em relação a todos os outros trechos da interceptação que não tiverem utilidade como prova penal.

Nesse ponto, Luiz Flávio Gomes traz importante observação, ao dizer o seguinte:

A gravação constitui apenas uma das formas de documentação da interceptação. Ela documenta a fonte de prova (que é a comunicação). Mas outros documentos existem: o auto circunstanciado, as transcrições, eventuais testemunhos, etc. Sendo assim, no nosso entender, não somente a gravação, senão tudo que não interessa à prova deve ser inutilizado (ou destruído, quando possível). Do contrário, sempre haverá risco para a privacidade dos comunicadores. E não é isso que se espera do ordenamento jurídico.¹⁷⁰

Por fim, resta-nos agora abordar o art. 10 da Lei 9296/96, que traz a previsão de um tipo penal, com a seguinte redação “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial

¹⁷⁰ GOMES, 1997, p. 234.

ou com objetivos não autorizados em lei.”¹⁷¹

Ao analisar o tipo penal acima transcrito, percebemos a existência de duas infrações, a primeira, consistente na realização de interceptação sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados na lei, a segunda, consiste na quebra do segredo de justiça.

Inicialmente, verificaremos o primeiro crime, qual seja, o de realizar interceptação sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados na lei.

Nesse primeiro crime, podemos notar que a objetividade jurídica, isto é, o espectro de proteção dessa norma, é a liberdade de comunicação telefônica e telemática. O elemento objetivo do tipo é “interceptar” e o elemento subjetivo “com objetivos não autorizados em lei”. Ademais, devemos salientar que o elemento normativo do tipo é “sem autorização judicial”.

Outrossim, ao falarmos em consumação desse crime, percebemos que o mesmo se consuma no momento em que o agente intercepta a conversa e que a tentativa, bem como a coautoria e participação são admissíveis.

Vicente Greco Filho comenta o tipo penal da seguinte maneira:

O crime consuma-se com o ato de interceptar, ou seja, intervir, imiscuir-se, ingressar em independente de a conversa vir a ser gravada. Em tese admite-se a tentativa.

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

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

Esses elementos são alternativos, ou seja, a existência de qualquer deles caracteriza o crime. Em outras palavras, ainda que a interceptação seja judicialmente autorizada, se a finalidade não é a investigação criminal ou a instrução processual penal ocorre a infração; reciprocamente, se a interceptação é feita com essa finalidade, mas sem a autorização judicial, também incide a norma penal.¹⁷²

Do trecho supracitado, podemos extrair a classificação desse crime, isto é, trata-se de crime comum, de dano, permanente e doloso.

Ada Pellegrini Grinover esclarece que se trata de crime comum:

Subsume-se ao primeiro tipo a conduta de toda e qualquer pessoa. Cessa, assim, a discussão surgida com relação à possibilidade de enquadramento de quem não fosse funcionário público - como os investigadores particulares - nos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts.151 e 152 CP, art.227 CPM e art.56 do Código de Telecomunicações).

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

¹⁷² GRECO FILHO, 1996, p. 43.

Evidente que o dispositivo também colhe os servidores e agentes públicos, inclusive o juiz que acaso autorize a interceptação para fins diversos da investigação criminal ou da instrução processual penal - como, por exemplo, em processo não-penal. Mas a redação do dispositivo deixa dúvidas quanto à caracterização do ilícito em casos que não se ligam propriamente aos "objetivos autorizados em lei", como seria o do juiz que determinasse a interceptação para investigação ou processo atinente a crime punido com pena de detenção.¹⁷³

O segundo crime presente no Art. 10 é a quebra do segredo de justiça. Aqui, a objetividade jurídica é a mesma do primeiro crime, qual seja, a liberdade de comunicação telefônica e telemática. O elemento objetivo do tipo é quebrar o dever funcional do sigilo, sendo que o elemento subjetivo do tipo e o elemento normativo do tipo são os mesmos do primeiro crime, isto é, o deste é "sem autorização judicial" e o daquele é com os "objetivos não autorizados em lei".

Em seguida, é importante mencionar que ocorre a consumação no momento em que o agente revela o segredo de justiça e que é possível haver tentativa, coautoria e participação. Quanto à classificação, trata-se de crime próprio e instantâneo. Vicente Greco Filho explica a classificação como crime próprio:

O crime de quebra de segredo de justiça é crime funcional, crime próprio, portanto, em que o sujeito ativo é o funcionário (no sentido amplo do art. 327 do Código Penal) que se vincula, de qualquer maneira, ao procedimento da interceptação (autoridade policial e seus agentes, membro do Ministério Público e Juiz, funcionários de cartório, etc.). Ao acusado ou seu defensor não se aplica o dispositivo porque não têm o dever jurídico de preservar segredo de justiça. O defensor pode, eventualmente, incidir em violação de sigilo profissional.¹⁷⁴

Por fim, urge mencionar a crítica de Renato Marcão a respeito da atuação do Estado nos procedimentos de interceptação telefônica:

Não obstante a clareza do texto legal, o que se tem verificado muitas vezes (é claro que existem exceções), e até com muita evidência (só não vê quem não quer), é que as Polícias têm se utilizado da interceptação telefônica de forma ilegal, e depois da exitosa prisão em flagrante, sem que a existência da *escuta* venha à tona, justifica-se que as diligências se iniciaram em razão de "denúncia anônima".

A realidade preocupa.

Com efeito, sem dispor de outros meios materiais ou de inteligência acobertados pela legalidade sempre imprescindível às atividades do Estado, seus tentáculos têm agido muitas vezes na mais absoluta ilegalidade, de forma criminosa mesmo.

A pretexto de "combater" a criminalidade extra-oficial, reiteradamente "o Estado tem praticado crimes" para investigar e *coibir a criminalidade* que entende não estar nas suas esferas. É um círculo vicioso extremamente perigoso, pois não se pode conceber,

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 3. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

¹⁷⁴ GRECO FILHO, 1996, p. 44.

com tranquilidade, que *o Estado* pratique crimes ou ilegalidades para investigar crimes ou prender quem quer que seja, em flagrante ou não.¹⁷⁵

Enfim, podemos notar da opinião acima, que em que pese a lei contenha reprimendas para a violação à privacidade em casos não autorizados em lei, a violação é comum e o Estado, muitas vezes, acaba utilizando expedientes ilícitos conforme percebemos acima.

4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A PROVA PENAL

4.1 Conceito e Finalidade da Interceptação Telefônica: Prova Penal

A interceptação telefônica é medida cautelar excepcional, que tem por escopo constituir a prova penal, como podemos depreender do próprio texto da Lei Maior, no artigo 5º, inciso XII, parte final. Tal dispositivo, como já amplamente comentado, assevera que é possível realizar a interceptação telefônica por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, ou seja, podemos sintetizar dizendo que a finalidade da interceptação telefônica é constituir a prova penal.

Ocorre porém, que a prova penal é um instituto que precisa ser analisado com muita cautela, pois se algum dos requisitos delineados na Lei 9296/96 não for rigorosamente obedecido, a prova será ilícita e não poderá ser utilizada pelo magistrado na formação de sua convicção.

4.2 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

A ilicitude da prova é assunto desenvolvido no diploma Processual Penal, no Art. 157, ao asseverar que são inadmissíveis as provas ilícitas, definindo-as como aquelas que são obtidas em violação às normas constitucionais ou legais.

Aprofundando, cabe destacar que a Norma *Ápice* faz referência expressa, no Art.5º, inciso LVI, à inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Guilherme de Souza Nucci trata de forma bastante clara a temática da ilicitude das

¹⁷⁵ MARCÃO, Renato. Interceptação telefônica ilegal: organização criminosa oficial. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=7139>. Acesso em: 7 março 2012.

provas, obtemperando o que se segue:

O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima.¹⁷⁶

À luz do exposto acima, notamos que Guilherme de Souza Nucci prefere o sentido amplo do termo ilícito, abarcando tanto a prova ilegal quanto a ilegítima. O renomado autor explica cada um dos institutos da seguinte forma:

Nesse contexto abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo.¹⁷⁷

Concluindo, verificamos que na visão do autor, com a qual concordamos, a ilicitude seria o gênero, pois englobaria tanto o ilegal quanto o ilegítimo. Acreditamos que essa seja a nomenclatura correta a se dar aos institutos pois esta é a forma adotada pela Constituição Federal, no Art.5º, inciso, LVI.

Tendo isso em mente, cabe-nos analisar a aceitabilidade da prova ilícita que, segundo Guilherme de Souza Nucci, deve passar obrigatoriamente pela compreensão das teorias da proporcionalidade e da prova ilícita por derivação. Na visão do autor, importante destacar que:

Em verdade, não se tratam, necessariamente, de teses contrapostas, embora se possa observar que o adepto da teoria da proporcionalidade tem a tendência de não acatar a ilicitude por derivação, assim como quem busca a ilicitude por derivação busca o afastamento da teoria da proporcionalidade.¹⁷⁸

Nossa opinião é no sentido de que a prova ilícita não poderá ser aceita em nenhuma hipótese, nem à luz da teoria da proporcionalidade, pois não cremos ser razoável sustentar uma atuação do Estado que viole a lei.

A teoria da proporcionalidade, sinteticamente, preconiza que deve haver uma ponderação de interesses no caso concreto, podendo-se extrair daí uma mitigação da ilicitude da prova. A nosso juízo, a República Federativa do Brasil Estado é democrático de direito, fundado

¹⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 353.

¹⁷⁷ Ibid, p. 353.

¹⁷⁸ Ibid, p. 357.

por uma Constituição e regido por leis, de tal sorte que parece ser insustentável a visão que permite ao Estado atuar ao arrepio da lei.

Porém, importante concordar que há algumas situações excepcionálíssimas, em que o tratamento deve ser diferenciado, na esteira do que leciona Guilherme de Souza Nucci:

Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. Sabemos que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto, razão pela qual, se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita contra os interesses do réu inocente. Dessa forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser, a todo custo, evitado.¹⁷⁹

Adicionalmente, há a teoria da prova ilícita por derivação, o que a doutrina chama de teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, podemos imaginar um exemplo em que uma interceptação telefônica é realizada ao arrepio da legislação pertinente, mas que toma conhecimento de infrações penais, sendo que, em seguida, a autoridade policial atua e consegue novos elementos que provam a materialidade do crime. Nesse caso, à luz da teoria em exame, não seria possível utilizar tal prova, pois a prova primária é ilícita e contamina a prova secundária.

Por fim, há duas hipóteses prescritas no Art. 157, §1º em que a prova ilícita por derivação é admitida, a primeira, quando não for evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a que dela deriva e, a segunda, quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente, sendo que fonte independente, segundo o §2º do Art. 157, é aquela que por si só, seguindo os trâmites de praxe da investigação ou instrução processual, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Em resumo, o tema da ilicitude das provas é bastante rico na doutrina pátria, mas para o objeto desse estudo, anotamos os aspectos principais, pois como asseveramos ao longo do texto quando tratamos dos dispositivos da Lei 9296/96, e à luz dessas últimas considerações a respeito da ilicitude das provas penais, devemos admitir a interceptação telefônica, que é medida excepcional e limitadora de direitos, somente nos casos expressamente autorizados pela legislação pátria, não se permitindo a atuação do Estado ao arrepio das normas internas, ressalvados alguns casos excepcionálíssimos, que devem ser analisados com muito cuidado pela autoridade competente.

¹⁷⁹ NUCCI, 2009, p. 358.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pudemos perceber que as comunicações tiveram e continuam tendo importante papel na humanidade, principalmente, após a invenção do telefone e da internet. Com a invenção do telefone, logo surgiu a necessidade de se conseguir obter informações que eram transmitidas pelos interlocutores, quando então podemos falar em interceptação das comunicações telefônicas.

A partir desse momento, em que o Estado começou a mitigar direitos para tomar conhecimento de informações dos particulares, necessária se fez a criação de um sistema de proteção das informações, quando então surgiu a Lei 9296/96, que objetivou resguardar a dignidade humana e o direito à privacidade quando da realização da interceptação das comunicações.

A humanidade em geral e o Brasil, em particular, demorou para incorporar os direitos humanos no ordenamento jurídico. Lembramos, que não há muito tempo, durante a ditadura militar, convivemos com gravíssimas violações aos direitos humanos, razão pela qual devemos zelar com muito cuidado e respeito pelos direitos que hoje temos em nossa Constituição, pois sua previsão em nossa Lei Maior é fruto do sofrimento de milhares de brasileiros ao longo da história, fato esse que não pode ser desprezado jamais.

Tendo isso em foco, notamos que a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade irão proteger a troca de informações, tanto evitando a excessiva atuação do Estado nessa seara, quanto protegendo as informações obtidas, para evitar sua divulgação, sempre mantendo-as em absoluto sigilo.

Nesse contexto, cremos que a Lei 9296/96 tem importante papel, pois inegável a necessidade de se ter um procedimento de interceptação telefônica devidamente regulamentado em nosso ordenamento, porém, apesar da existência de garantias na própria lei, imperioso sempre lembrar que a análise dos dispositivos de tal diploma deverá sempre ser iluminada por princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana e da privacidade, para que, por fim, possa-se sopesar se a prova poderá ou não ser utilizada na investigação criminal ou na instrução processual penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei 9.296/96: interceptação telefônica**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 47, p. 03, outubro 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DELMANTO, Roberto. **A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, p. 02, outubro 1996.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENCICLOPÉDIA ABRIL. São Paulo: Editora Abril, 1972. v. 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, agosto 1996.

FERREIRA, A. B. H. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Gravações Telefônicas: Ilicitude e Inadmissibilidade**. Disponível no site: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/149/236>>. Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 5. Acesso em: 12 de março de 2012.

_____. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 14, ago. 1996.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 13.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 23.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

MARCÃO, Renato. **Interceptação telefônica ilegal: organização criminosa oficial (?)**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=7139>. Acesso em: 7 março 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. São Paulo: Revista Forense, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Sigilo das Comunicações Telefônicas, Telegráficas e de Dados**. Disponível no site:

<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/147/234>>.Revista do Conselho da Justiça Federal, nº 5. Acesso em: 20 abril 2012.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Interceptação Telefônica**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.