

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA FASE INQUISITORIAL E A
POSSIBILIDADE DE RECAIR EM PROVA ILÍCITA**

CURITIBA

2007

FELIPE FOLTRAN CAMPANHOLI

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA FASE INQUISITORIAL E A
POSSIBILIDADE DE RECAIR EM PROVA ILÍCITA**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

CURITIBA

2007

FELIPE FOLTRAN CAMPANHOLI

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA FASE INQUISITORIAL E A
POSSIBILIDADE DE RECAIR EM PROVA ILÍCITA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito da
Universidade Federal do Paraná, pela comissão
formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos

COORIENTADOR: _____

Professor Doutor Sylvio Roberto Degasperi Kulhmann

Professor Doutor Rolf Koerner Júnior

Curitiba, 05 de novembro de 2007

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
CAPÍTULO I – NOÇÕES CONSTITUCIONAIS	
1. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE SIGILO.....	06
2. AS PROVAS ILÍCITAS.....	08
2.1. Prova ilegal e prova ilícita.....	09
2.2. Direito comparado	10
3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	10
4. AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	14
CAPÍTULO II – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	
1. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA HISTÓRIA RECENTE DO BRASIL	18
2. CONCEITO E DEFINIÇÃO.....	20
3. A LEI 9.296/96.....	25
CAPÍTULO III – CASO CONCRETO	
1. ANÁLISE PRÁTICA.....	46
2. FORMULAÇÃO HIPOTÉTICA.....	47
2.1. Da Decisão que defere o pedido de interceptação telefônica.	48
3. ASPECTOS TÉCNICOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	51
4. POSSIBILIDADE DE RECAIR EM PROVA ILÍCITA.....	56
CONCLUSÃO	59
ANEXO – A LEI 9.296/96	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, familiares e amigos de faculdade, que me incentivaram durante estes cinco anos de vida acadêmica. Também, ao PDU – Partido Democrático Universitário, que contribuiu com sua coerência política - durante esses mesmos cinco anos - para o meu crescimento pessoal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise sistemática da medida de interceptação telefônica, destacando seus aspectos positivos na investigação criminal de delitos de grande repercussão social, bem como seus aspectos negativos, tendo em vista a facilidade de, se não observados todos os requisitos legais da Lei 9.296/96 e da Constituição da República de 1988, recair em prova ilícita e tornar-se inútil à investigação.

Preliminarmente, será feita uma breve análise das noções constitucionais, enfatizando a importância das garantias de sigilo encartadas pela Constituição da República de 1988 e a sua inviolabilidade, salvo nos casos, excepcionais, em que a própria Carta Magna permitir.

Ainda sob o enfoque constitucional, abordaremos a questão das provas ilícitas - vedadas pelo artigo 5º, inciso LVI da CR/88 - tendo em vista a tênue linha entre a licitude e a ilicitude da interceptação telefônica, que, sendo uma clara violação lícita e permitida às garantias constitucionais de sigilo, necessita ser juridicamente perfeita para não recair em prova ilícita.

Também é necessária uma análise das provas ilícitas por derivação, pois de uma interceptação telefônica ilegal podem surgir diversas provas lícitas ao processo, mas que por estarem contaminadas pela primeira medida, serão descartadas.

Posteriormente, já que utilizado como fundamento nas decisões que deferem a medida em análise, versaremos brevemente sobre o princípio da proporcionalidade, o qual consiste em uma escolha, por parte do Poder Judiciário, com fulcro no juízo de razoabilidade entre dois valores constitucionais, sejam eles: a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos e o interesse social na apuração precisa e correta da verdade processual.

Encerrado o exame constitucional relevante ao tema, entraremos no exame da interceptação telefônica e sua história recente, desde quando a matéria era disciplinada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações até a publicação da Lei 9.296/96, a qual em seu tempo encerrou com a controvérsia da recepção ou não do Código Brasileiro supracitado pela Constituição da República de 1988.

Sendo assim, após conceituar e definir a interceptação telefônica, delimitando perfeitamente sobre o que estamos versando neste trabalho, passaremos a uma análise da Lei 9.296/96, tendo em vista que esta, apesar de dirimir antigas controvérsias, traz novas polêmicas, com seu texto ambíguo e mal redigido.

Por fim, será feita a análise de um caso concreto, elucidando todos os pontos que merecem atenção para o perfeito andamento da interceptação telefônica, desde o cumprimento de todos os requisitos impostos pela Lei 9.296/96, de forma a não recair em prova ilícita, inútil à investigação, até os aspectos técnicos da mesma, com a finalidade de ilustrar o presente trabalho e demonstrar mais claramente como funciona esta medida que cada vez mais é utilizada pela Polícia Judiciária para a solução de crimes.

CAPÍTULO I – NOÇÕES CONSTITUCIONAIS

1. Garantias Constitucionais de Sigilo

Antes de adentrar na licitude/ilicitude das provas colhidas através da interceptação telefônica, é necessária a breve análise das garantias constitucionais de sigilo, tratadas no artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Como decorrência do direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, inciso X da CR/88¹), surge às garantias de sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica, de dados bancário e fiscal e de comunicação telefônica (art. 5º, inciso XII da CR/88²).

Conforme ensinamento de Alexandre de MORAES, essas garantias possuem o desiderato de "proteger o homem contra:

- I. a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica;
- II. a ingerência em sua integridade física ou mental ou em sua liberdade intelectual e moral;
- III. os ataques à sua honra e reputação;

¹ Artigo 5º, inciso X da CR/88 – 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.

² Artigo 5º, inciso XII da CR/88 - "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 em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

- IV. sua colocação em perspectiva falsa;
- V. a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade;
- VI. uso de seu nome, identidade ou retrato;
- VII. a espionagem ou espreita;
- VIII. a intervenção na correspondência;
- IX. a má utilização de informações escritas e orais;
- X. a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.”³

Essas garantias, tendentes a proteger o cidadão contra a interferência alheia, funcionam em nosso ordenamento como cláusulas pétreas, pois se encontram dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, protegidos de eventuais emendas à constituição (art. 60, §4º, inciso IV da CR/88⁴).

Sendo assim, com efeito *erga omnes*, ou seja, para todos os cidadãos, não podendo ser alteradas, as garantias constitucionais de sigilo funcionam como regra, **não podendo e não devendo** ser violadas, salvo nos termos da própria constituição.

O objetivo do presente trabalho é justamente a análise da **exceção**, ou seja, os casos em que legalmente, com fulcro na Carta Magna brasileira, quebra-se o sigilo do cidadão para obtenção de provas em instrução processual penal; no caso, de comunicações telefônicas.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. – 1ªEd. São Paulo: Atlas, 1997, pág. 68.

⁴ Artigo 60, §4º, inciso IV da CR/88 – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

2. As Provas ilícitas

O legislador constituinte, no artigo 5º, inciso LVI⁵, da Constituição da República, estabeleceu, como direito e garantia fundamental, a vedação expressa da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, com o escopo de preservar os princípios (e também as garantias individuais supra-expostas) que informam o sistema jurídico-processual brasileiro.

Tanto o processo civil, quanto o processo penal (inclusive, como é evidente, o inquérito policial) são informados pela principiologia constitucional acima destacada, sendo fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho perscrutar se as interceptações telefônicas violam ou não essa garantia dos cidadãos ou, de modo mais preciso, *quando e em que hipóteses* tal violação se configura.

Há que se citar, inicialmente, os dois aspectos estabelecidos pelo legislador da Constituição da República de 1988 quando da redação do inciso posto sob análise: **(a)** em primeiro lugar, quis o constituinte coibir toda e qualquer forma de obtenção *ilícita* de provas; e **(b)** em segundo lugar, a busca pelo limite entre dois valores constitucionalmente tutelados, quais sejam, a *busca pela finalidade do processo*, de um lado, e a *garantia dos direitos fundamentais*, de outro lado, especialmente, no caso sobre o qual nos debruçamos, do princípio da vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

⁵ Artigo 5º, inciso LVI da CR/88 - “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

2.1 – Prova ilegal e prova ilícita

Para Ricardo RABONEZE⁶, citando Pietro NUVOLONE, há, basicamente, duas noções acerca do conceito de prova quando da análise das provas ilícitas:

- a) Prova *vedada* ou *ilegal*, que pode ser: **absoluta**, quando o direito *proíbe* em *qualquer caso* sua produção; ou **relativa**, quando o ordenamento jurídico, embora admita o meio de prova, *condiciona sua legitimidade* à observância de determinadas formas. Exemplo desta última – relativa – é o interrogatório do réu, e daquela – absoluta –, as cartas particulares obtidas por meios criminosos.
- b) Prova *ilícita* e *ilegítima*, subespécie da prova vedada ou ilegal, é aquela cuja colheita fere normas de direito processual, com infração a normas e princípios de direito material, como o direito constitucional à intimidade, à liberdade etc.

Tal entendimento é consubstanciado por Luis Alberto Thompson Flores LENZ⁷:

“Segundo estes, a prova **ilícita** é a que contraria normas de Direito Material, quer quanto ao **meio** ou quanto ao **modo** de **obtenção** da prova em juízo. Já a prova **ilegítima** é aquela que afronta normas de direito **processual**, tanto na sua **produção** quanto na **introdução** da prova em juízo” (com grifos nossos).

⁶ RABONERZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 4ª ed. rev. e amp. – Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p.19.

⁷ LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. *Os meios moralmente legítimos de prova*. In: RT, 621, p.273 a 282.

2.2 – Direito comparado

Finalizando a abordagem sobre as provas ilícitas, cabe ressaltar, por exemplo, que nos ordenamentos jurídicos que integram a *common law* (sistemas americano e inglês), o tratamento acerca das provas obtidas ilegalmente é absolutamente diverso. No sistema americano, assim como no nosso, este tipo de prova é inadmissível em juízo; já no sistema inglês, a prova ilegalmente obtida é aceita.

No sistema americano, apesar de o fim ser o mesmo, ou seja, a inadmissibilidade da utilização da prova obtida por meios ilícitos em juízo, a abordagem do tema é um pouco diferenciada, conforme ensinamento de João Gualberto Garcez RAMOS:

“A constituição prevê que certas provas devam ser produzidas de uma determinada maneira; logo, proíbe a produção dessas provas de outro modo. Se, malgrado a previsão constitucional, a produção da prova se deu de maneira irregular, então o produto resultante dessa produção ainda que a Constituição não o diga, deve ser excluído do processo”⁸.

3. Princípio da proporcionalidade

Nos sistemas em que as provas ilícitas são expressamente vedadas, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República) e no ordenamento jurídico americano, por exemplo, surge um caminho alternativo, uma terceira via, na qual, *em cada*

⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 125.

caso concreto, por meio de uma *ponderação principiológica* (manejada mediante a aplicação do *princípio da proporcionalidade*) a prova ilícita é admitida *em certas situações*.

Trata-se de **teoria da proporcionalidade**, que surgiu na antiga Alemanha Federal, pela qual, diante do caso concreto, poderia ser admitida prova obtida por meio ilícito, diante do *princípio da razoabilidade* (subprincípio do princípio da proporcionalidade), em situações em que devesse prevalecer o interesse da sociedade na apuração da verdade.

A teoria da proporcionalidade, por Luiz Francisco Torquatto AVOLIO⁹, consiste em construção doutrinária e jurisprudencial que surge em sistemas nos quais a prova obtida ilicitamente é inadmissível, permitindo que se proceda, por parte do Poder Judiciário, uma escolha, *entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto*, que seriam, de um lado, a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos e todas as garantias que derivam desse princípio e, de outro lado, o interesse social na apuração precisa e correta da verdade processual.

Dois aspectos devem ser analisados quando da aplicação da teoria da proporcionalidade:

- a) Em primeiro lugar, o aspecto da **adequação**, consubstanciado na (in)viabilidade de a utilização da prova obtida por meio ilícito ser suficiente e adequada ao conhecimento da verdade processual e ao convencimento do juiz;
- b) Em segundo lugar, o aspecto da **exigibilidade**, que avaliará o *grau* e a *extensão* do prejuízo aos direitos fundamentais com a obtenção da prova ilícita, além da **necessidade** de sua utilização no processo, diante da existência de meio menos gravoso.

⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Troquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. Rio de Janeiro: RT, 1995, p.58.

Ricardo RABONEZE¹⁰, citando Nicolò TROCKER, estabelece os pressupostos de aplicação do princípio da proporcionalidade: **(a)** dos valores em jogo; **(b)** da ordem (normativa) das prioridades; e **(c)** do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido).

Tais aspectos e pressupostos de aplicação do princípio da proporcionalidade são utilizados nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário estadual, no caso em análise, pela Vara de Inquéritos Policiais, quando do deferimento dos pedidos de interceptação telefônica, conforme excertos abaixo destacados:

“Tendo em vista ausência de outras informações que poderia nortear a investigação e as suspeitas levantadas quanto aos criminosos, a medida postulada deve ser deferida, uma vez que prevalece na espécie o interesse da sociedade na apuração da verdade **(princípio da proporcionalidade)**”

(VARA DE INQUÉRITOS POLICIAIS DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA - Dr. Pedro Luís Sanson Corat)

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no ano de 2000, também enfatiza:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SIGILO TELEFÔNICO – ADVOGADO – QUEBRA – I – Decisão Judicial fundamentada, com apoio na Lei nº9.296/96,

¹⁰ Cf. RABONEZE, op. cit., p.30.

determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal. II – A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificadamente, a fundada suspeita da prática da infração penal. Recurso Desprovido.

(STJ – ROMS 10857 – (199900384342 – SP – 5ªT. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 02.05.2000 – p. 00152).

Em suma, conforme fundamentação acima declinada, no ordenamento jurídico brasileiro as provas obtidas por meios ilícitos são vedadas pela Constituição da República, servindo tal vedação como **limite** ao direito de prova da representação dos fatos. Caso tal limite não fosse imposto, o procedimento poderia abarrotar-se de nulidades derivadas do uso de tais provas.

Antes da Constituição da República de 1988, a vedação do uso de provas obtidas por meios ilícitos, no âmbito penal, se dava por analogia ao artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro, e estas eram consideradas, sob tal embasamento, ilegais ou moralmente ilegítimas.

“Art. 332 – CPC – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.”

Com a promulgação do novo texto constitucional e o surgimento da vedação expressa do uso de provas obtidas por meios ilícitos, com caráter

principlológico dentro dos direitos e garantias individuais, surge a necessidade do manejo e da aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme sustentamos acima.

Tal princípio concede ao juiz a possibilidade de, não ultrapassando o limite do razoável, colocar em uma balança os interesses em questão (direito de prova *versus* vedação da utilização de provas ilícitas), podendo, em certos casos excepcionais (e aqui, o risco de se transformar exceção em regra e regra em exceção), admitir a prova ilícita para seu convencimento, abstraindo de sua origem, com a finalidade de, e exclusivamente, proteger valores (verdade processual) que de outra maneira, verificar-se-iam inalcançáveis e sacrificados.

Finalizando a abordagem sobre o princípio da proporcionalidade, ressalta-se que conforme posterior explanação, acreditamos que a medida da interceptação telefônica **não** necessitaria de embasamento em tal princípio (conforme fundamentação utilizada pelo judiciário quando do deferimento da medida), pois, cumpridos os requisitos da Lei, essa não seria uma prova ilícita e sim, revestida de total valor probatório, sem ressalvas.

4. Provas ilícitas por derivação

Quando se fala em provas ilícitas, deve-se analisar também as provas ilícitas **por derivação**, chamadas pela Suprema Corte Americana de “fruits of the poisonous tree”, ou, traduzindo, “frutos da árvore envenenada”, expressão empregada e analisada, também, pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

A prova ilícita por derivação ocorre quando certa prova é obtida de maneira aparentemente lícita, sem vícios que importem em sua nulidade, mas que só pôde ser produzida a partir de informações retiradas de outra prova, esta sim obtida por meio ilícito.

Cito como exemplo: Caso de Busca e Apreensão, realizada de forma lícita, conforme determinação do magistrado competente e sem vícios aparentes, mas, cujo endereço de realização fora descoberto através de interceptação telefônica clandestina. Em tal hipótese, devem ou não os produtos criminosos apreendidos “licitamente” serem aceitos como meio de prova para convencimento do juiz?

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro tem posição negativa, pois, como o “defeito da árvore se transmite aos frutos”, a prova obtida por meio “lícito” estaria contaminada por nulidades, já que, fora fruto de prova ilícita.

Diverge deste pensamento, entre outros, Nicolò TROCKER, conforme citação feita no livro de Ricardo RABONEZE¹¹, os quais, embasando-se em princípios e na teoria da proporcionalidade, afirmam que a tendência é de se admitir a prova ilícita por derivação, diante da busca da verdade processual.

Dentre os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para a negação da utilização de provas ilícitas por derivação, cito a ementa do acórdão redigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no ano de 1993, quando sequer existia a Lei n. 9.296/96, mas que demonstra bem o pensamento da Suprema Corte quanto às provas ilícitas por derivação:

“Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: a afirmação pela maioria da exigência de Lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecida, possa o juiz, nos termos do art.5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento do *habeas corpus* pela soma dos

¹¹ Cf. RABONEZE, op. cit., p.37.

votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser possível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; (...) – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nos quais se fundou a condenação do paciente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus* para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive.”

Em outra análise, também em julgamento do Supremo Tribunal Federal, quando considerado que a prova ilícita não contaminou as provas utilizadas na fundamentação da condenação do réu:

“INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA ILÍCITA (ART. 5º, INCS. XII E LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – NÃO-CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS LICITAMENTE OBTIDAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE – 1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova

ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é o caso de anular a condenação. 2. HC indeferido (STF – HC 74.152-5 – SP – 1ªT. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 08.10.1999 – p.39)”.

1. A interceptação telefônica na história recente do Brasil.

Antes da entrada em vigor da atual Lei nº 9.296/96, que regulamenta o artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República de 1988, as interceptações telefônicas eram regulamentadas pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, que em seu artigo 57, dispunha:

“Art. 57 - “Não constitui violação de telecomunicação: (...)

II – o conhecimento dado:

(...)

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. (...).”

Ou seja: mediante requisição ou intimação do juiz, era possível a violação da Constituição da República anterior, que assegurava o sigilo das telecomunicações sem restrições ou ressalvas.

Segundo o entendimento de algumas decisões judiciais e de setores da doutrina da época, isso era possível face à sustentação de compatibilidade entre a Lei nº 4.117/62, artigo 57, e a Constituição da República em vigor, visto que nenhuma norma constitucional instituía direito absoluto, devendo haver tal compatibilização em casos graves.

Tal polêmica perdurou até o ano de 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição da República, a qual, tratando dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XII, instituiu ressalva ao sigilo das telecomunicações. Agora, instituída a ressalva, é violável o direito fundamental de intimidade (encartado no artigo 5º, inciso X, do texto constitucional) em casos excepcionais, com o escopo de auxiliar em investigação criminal ou instrução processual penal.

Dispõe o artigo 5º, inciso XII:

“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 em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Dirimida a polêmica anterior, surge a dúvida se fora o Código Brasileiro de Telecomunicações recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Entre a data da promulgação da Constituição da República de 1988 e a Lei nº 9.296/96, o Supremo Tribunal Federal entendia que tal Código Brasileiro de Telecomunicações **não** fora recepcionado, sendo exigida lei ordinária para regulamentar as interceptações telefônicas.

Nesse sentido, as escutas realizadas durante esse lapso temporal eram consideradas ilegais pelo Supremo Tribunal Federal, produzindo, desse modo, provas ilícitas, conforme ementa abaixo, as quais serão abordadas posteriormente de maneira mais minuciosa.

“STF – HC: 69912 (segundo) – Rio Grande do Sul – Relator: Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento 16/12/1993 – Tribunal Pleno – Dju:25-03-94, p. 06.012. Ementa – Prova ilícita: Escuta Telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; (...) conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a

ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (Votação: por maioria. Resultado: deferido.)”

Essa controvérsia foi dirimida somente em 24 de julho do ano de 1996, com a promulgação da Lei nº 9.296/96, que estabeleceu parâmetros normativos aptos à regulamentação infra-constitucional do dispositivo constitucional acima destacado.

2. Conceito e definição.

Preliminarmente, cabe esclarecer o que se entende por “interceptação telefônica”, pois a confusão conceitual pode gerar problemas técnicos e jurídicos.

A interceptação telefônica em sentido amplo é caracterizada, somente pela intervenção de terceiro (autoridade policial ou outros legitimados) em conversa telefônica entre outros dois interlocutores, efetuando ou não a gravação desta. Caso não seja precedida de autorização judicial, exarada pelos órgãos competentes, que a legitime, é considerada ilegal, recaindo no crime tipificado no artigo 10 da Lei 9296/96. São as escutas clandestinas.

Acerca do tema, discorre José Laurindo de Souza NETTO¹²:

“Na interceptação, é essencial, no sentido legal, a participação de um terceiro, uma ingerência externa, no conteúdo da comunicação, captando o que está sendo comunicado. Desse modo, há três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversa sem o consentimento daqueles. Essa ingerência tanto pode ser feita sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica no sentido estrito) ou como com o consentimento de um dos interlocutores (escuta telefônica).”

São as modalidades de interceptação telefônica:

- a) Interceptação telefônica em sentido estrito, caracterizada pela intervenção de um terceiro sem a ciência de ambos os interlocutores, como, por exemplo, a interceptação de conversa entre dois supostos traficantes de substâncias entorpecentes;
- b) Escuta telefônica, na qual a intervenção é feita por terceiro, **com** o conhecimento de um dos interlocutores, como, por exemplo, nos casos de seqüestro, em que a família da vítima sabe que está sendo alvo da interceptação;
- c) Interceptação ambiental, caracterizada não pela captação telefônica, mas sim pela captação de áudio, por terceiro, no local onde se realiza a conversa entre os dois interlocutores, como, por exemplo, em conversa dentro de um escritório, entre supostos estelionatários.

¹² NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal: sistemas e princípios*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.72.

Nesses casos, a regulamentação recai sobre a Lei supracitada, que serve de escopo legal para o deferimento de tais medidas, doravante denominadas somente como “Interceptação Telefônica”.

Nos casos em que um dos interlocutores da conversa, unilateralmente, sem o conhecimento do outro interlocutor, grava a conversa de ambos, não resta caracterizada a interceptação telefônica (em sentido amplo, regulamentada pela Lei 9.296/96) e se houver justa causa para tal, sequer configura crime sua divulgação.

Acerca de tal, Vicente GRECO FILHO¹³ discorre:

“(...) 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 e nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. (...). A problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou vídeo gravação oculta, da escuta a

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 04-05.

distância etc. e nada tem a ver com interceptação telefônica.”

Também, ilustrando, um excerto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 1977, ressaltando que não vigia, à época, o atual texto constitucional, nem tampouco os comandos legais insculpidos na Lei n. 9.296/96:

“I – Gravação de conversa telefônica feita pela autora de ação de investigação de paternidade, com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo Juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material (a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

II – Recurso especial não conhecido

III – Votos vencidos”.

Cabe aqui ressaltar que em se tratando de escuta telefônica (item “b” supra), em que pese a ciência de um dos interlocutores, esta também se trata de uma das modalidades da interceptação telefônica, motivo pelo qual também é regulamentada da Lei n. 9.296/96.

Acerca de tal, discorre Luiz Flávio GOMES¹⁴:

“Imagine-se um caso de seqüestro em que a família da vítima está sabendo que o Juiz autorizou a interceptação telefônica. Não é pelo fato de que um dos comunicadores tem ciência da captação que se descaracteriza a interceptação (mesmo porque, repita-se, nesse caso, é um terceiro que está tomando conhecimento do conteúdo da comunicação).”

Concluindo, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República dispõe, conforme mencionamos acima, que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo quando for empregada de acordo com a lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, a própria Carta Magna definiu a finalidade das medidas de interceptação telefônica: obtenção de **provas** na esfera **penal**.

Nesse sentido, Luiz Flávio GOMES¹⁵:

“A finalidade da interceptação telefônica foi traçada pelo legislador constituinte de 1988: “Investigação criminal ou instrução processual penal”. Visa-se com ela, em última instância, a produção de uma “prova” e, com isso, afastar o princípio da presunção da inocência. Mas para tanto essa “prova” deve ser “legalmente” obtida”.

A interceptação telefônica é tida como fonte de prova, pois é do resultado da medida que se constata o envolvimento e se pode delimitar a

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.105.

¹⁵Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 105.

participação e atuação de cada indivíduo no delito que se investiga, ou de outros que podem vir a ser elucidados durante o monitoramento.

Visa-se com a interceptação telefônica a produção de uma prova que servirá para instruir a investigação criminal e/ou a instrução processual.

Contudo, tal medida deverá ser deferida judicialmente, seguindo os requisitos constantes na Lei nº 9.296/96, sob pena de, conforme verificar-se-á no presente trabalho, recair em prova ilícita e tornar nulo o ato e qualquer prova posteriormente obtida com informações da interceptação telefônica.

Para tal, de acordo com o disposto no artigo 3º da Lei de Interceptação Telefônica, o pedido poderá ser determinado pelo juiz de ofício, ou a requerimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público.

Por fim, ressalte-se que no presente trabalho, quando for empregada a expressão “interceptação telefônica”, deve-se entender a interceptação em sentido amplo, com a intervenção de terceiro (autoridade policial ou qualquer dos legitimados para tal prática), em conversa telefônica (ou ambiental) de outrem, com ou sem gravação. Sua licitude não integra seus elementos constitutivos, de maneira que há interceptações telefônicas legais (quando autorizadas por órgão competente) e interceptação telefônicas criminosas (artigo 10 da Lei nº 9.296/96).

3. A Lei nº 9.296/1996.

Conforme já afirmado, a Lei nº 9.296/96 dirimiu antigas dúvidas e polêmicas, mas não lhe faltaram críticas, fundadas na seguinte argumentação: o texto legal é, em diversos pontos, ambíguo e polêmico, além de contrariar de modo flagrante o texto constitucional, na medida em que, segundo afirmam os seus críticos, a interceptação telefônica constitui verdadeira aberração ao direito de intimidade do cidadão. Assim, o texto legal trouxe consigo novas

polêmicas, novas questões a serem debatidas e novas controvérsias a serem discutidas.

Antes de uma análise da licitude/ilicitude das provas obtidas mediante a utilização da interceptação telefônica, faz-se necessária a descrição/análise da Lei nº 9.296/96, promulgada com a finalidade de regulamentar a questão outrora em aberto na nossa legislação e que possui diversos pontos polêmicos a serem analisados e interpretados.

Já no artigo 1º da Lei, é argüida a inconstitucionalidade do parágrafo único, o qual estende a aplicabilidade do referido texto legal não somente à interceptação telefônica e de comunicações, mas a sistemas de informática e telemática. Textualmente, dispõe o seguinte:

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

§ único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática.”

Quanto ao *caput*, nenhuma ressalva há que ser feita, sendo feliz a redação dada pelo legislador, não gerando dúvidas ao intérprete. No que concerne ao parágrafo único, contudo, surge o primeiro ponto polêmico do texto.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição da República, citado anteriormente, reserva ao “último caso” a possibilidade de violação do sigilo, nos casos estipulados.

Dessa expressão, podem-se fazer duas interpretações:

- a) Que existem dois núcleos, sendo inviolável em primeiro plano “o sigilo de correspondência” e em segundo plano “as comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, sendo a expressão “último caso” aplicável a todas as formas citadas como segundo plano. É a interpretação do legislador da Lei nº 9.296/96.

- b) Que existem vários núcleos, distintos entre si: sigilo da correspondência; das comunicações telegráficas; das comunicações de dados; e das comunicações telefônicas, sendo a expressão “último caso” referente somente às comunicações telefônicas. Parece-nos mais coerente, explica-se abaixo.

Em ambos os casos, por óbvio, fica excluída, constitucionalmente, a possibilidade de regulamentação quanto ao sigilo de correspondência. Quanto a isso, não há dúvidas. Outrossim, como bem ressalta Vicente GRECO FILHO¹⁶, se a Constituição da República “quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”.

Assim, parece-nos lógica a explanação acima destacada, restando, desse modo, a idéia de que o parágrafo único da Lei nº 9.296/96 é inconstitucional no que tange às comunicações telegráficas e de dados.

Não é esse o entendimento de Luiz Flávio GOMES¹⁷:

¹⁶ Cf. GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p.11

¹⁷ Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 173.

“(…) o texto legal é legítimo, integralmente legítimo, e vale pelo que nele está escrito. (…) a lei 9.296/96 tem incidência em qualquer forma de comunicação telefônica, assim como nas comunicações telemáticas (independentes do uso da telefonia). A CF só exigiu (explicitamente) lei regulamentadora no que concerne às comunicações telefônicas, é verdade, mas isso não exprimia impedimento para que o legislador disciplinasse outras formas de comunicação. Cuidando-se de direito fundamental (sigilo das comunicações, intimidade), aliás, somente o legislador é que podia (e pode) restringi-lo”.

Sendo assim, no pensamento do autor, não tendo o legislador da Carta Magna restringido explicitamente as quebras concernentes às comunicações telegráficas e de dados, poderia o legislador da Lei n. 9.296/96 legislar sobre o tema, não tornando referida lei inconstitucional.

No que concerne ao artigo 2º, outra polêmica é levantada referente à questão: “em que hipótese a interceptação de comunicações telefônicas não será permitida?”.

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

I – não houver indícios razoáveis de 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.

§ 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.”

Essa redação merece crítica severa, pois, ao enumerar os casos em que a interceptação **não** será admitida, o legislador, (i) além de dificultar o entendimento, que seria facilitado mediante enumeração taxativa dos casos em que a interceptação fosse admitida, (ii) cria a expectativa **equivocada** de que a interceptação é a **regra** e o sigilo é a **exceção**, numa evidente e inadmissível inversão ao espírito normativo consubstanciado no texto constitucional.

Outra crítica que pode ser feita, concerne ao inciso III do referido artigo, o qual, ao invés de restringir os casos em que a interceptação telefônica poderia e deveria ser utilizada, amplia seu universo de maneira tal, que a medida passa a ser utilizada em que crimes cujos bens jurídicos lesionados não justificariam a utilização desta para sua investigação.

O princípio da proporcionalidade, supra explanado em detalhes, jamais poderia ser utilizado para embasar interceptação telefônica, violando o direito à intimidade (encartado no artigo 5º, inciso X da CR/88, conforme supra mencionado) quando o bem jurídico envolvido na prática delitiva não tiver também, tamanha magnitude (lembre-se que sequer interpretamos que o princípio da proporcionalidade deva ser usado para a fundamentação da interceptação telefônica, por esta **não** se tratar de prova ilicitamente obtida).

Sendo assim, a Lei n. 9.296/96, abre precedente para que no caso de um furto simples, (cujo bem jurídico lesionado é irrisório perto do bem jurídico “intimidade” do cidadão) a polícia judiciária utilize-se da medida em análise para investigação criminal ou instrução processual penal. Não seria caso de inconstitucionalidade da norma, mas sim de sua aplicação.

Também há de se analisar, que certos crimes não punidos com reclusão também poderiam ensejar a interceptação telefônica, como o crime de ameaça, ou crime contra a honra, feito por telefone. Nesse óbice, a crítica feita ao inciso III do referido artigo resta prejudicada (ou invertida), pois, por óbvio, um limite haveria de ser dado, o que, aplicado ao caso concreto, diversas vezes se veria insuficiente (ameaça - detenção) e diversas vezes um exagero (furto simples - reclusão).

Quanto aos outros dois incisos do referido artigo 2º, estes trazem conceitos abertos e completamente subjetivos à análise do julgador, o que poderia acarretar (e acarreta) em decisões de mesma natureza, que, frise-se, não são inconstitucionais, mas ocasionam verdadeira inversão ao espírito normativo constitucional, transformando suspeitas e fatos indeterminados em fundamento para a interceptação.

O inciso I exige que existam indícios razoáveis da autoria ou participação do interceptado em infração penal. Assim, é necessário que se demonstre que o terminal telefônico em que se pretende a medida seja utilizado por pessoa que tenha sido, ou seja, agente de infração penal.

Apesar da aparente redundância dos termos utilizados pelo legislador, as palavras autoria e participação são distintas, pois a primeira está relacionada com os atos de execução do delito, enquanto que a segunda está ligada à contribuição do sujeito para o cometimento do delito (por exemplo, com o induzimento ou o auxílio a terceiro).

Por sua vez, o inciso II exige que não existam outros meios disponíveis para a obtenção da prova pretendida, objetivando que o direito à intimidade somente seja violado em casos excepcionais, de extrema necessidade. Ou seja: quando a prova puder ser obtida através de outros meios, menos invasivos, a Interceptação Telefônica não poderá ser autorizada.

Neste ponto, importante trazer o ensinamento de Luiz Flávio GOMES¹⁸, que diz que “se essa prova pode ser obtida por ‘outros meios’, não deve o Juiz determinar a interceptação telefônica, que é medida de *ultima ratio*, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade”.

No parágrafo único do artigo 2º, trata-se de “indicação e qualificação do investigado”. Isso traz a tona outra problemática: quem é o sujeito passivo da interceptação telefônica?

Vicente GRECO FILHO¹⁹ ressalta que:

“o sujeito passivo da interceptação é o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza da linha ainda que não seja seu titular. Daí a possibilidade de interceptação em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública”.

Tal análise torna-se importante, pois, quando do deferimento da interceptação telefônica em determinado numeral, não esta a se interceptar o titular da linha telefônica, mas sim o interlocutor que dela se utiliza.

Ocorre que, além do interlocutor “X”, agente passivo da interceptação, que esta sendo investigado, por exemplo, pelo crime de tráfico de drogas, há o interlocutor “Y”, o qual, a princípio, nada tem a ver com o fato e o qual não possui seu direito a intimidade violado face a decisão fundamentada com fulcro na Lei 9.296/96 e na Constituição da República.

Sendo assim, entende a doutrina que a autorização de interceptação telefônica abarca a participação de outro interlocutor no fato que

¹⁸ Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 181.

¹⁹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p.18-19.

esta sendo investigado pela medida supra, sendo este, protegido pelo sigilo das conversas, no caso de nada ter a ver com o crime em investigação.

Tal interlocutor “Y” estaria, inclusive, protegido pela própria Lei 9.296/96, tendo em vista que no artigo 9º da referida Lei, manda-se proceder com a destruição do material que não servir à prova.

Nesse ponto, outra problemática surge. E se durante o curso das investigações, do crime de formação de quadrilha, por exemplo, descobre-se, através de interceptação telefônica, que o interlocutor “Y” (que não é o sujeito passivo da medida), praticara o crime de homicídio? Nesse caso, nada mais óbvio de que a prova obtida possa e deva ser utilizada para punir o interlocutor “Y”, salvo se não for incidido nenhum impedimento do artigo 2º da Lei e que seja fato conexo com o delito primeiramente investigado.

E se o delito de homicídio em nada for relacionado com o crime de formação de quadrilha? Nesse caso, tendo em vista a incidência nos impeditivos do artigo 2º (tendo em vista que fora crime descoberto por caso fortuito, não se tendo, por óbvio, indícios razoáveis de autoria ou participação), não se admite sua utilização como prova contra o interlocutor “Y”.

Preenchidos todos os requisitos acima mencionados, o Juiz poderá determinar que se proceda à Interceptação Telefônica, devendo fazer isso em uma decisão motivada, que demonstre a necessidade da medida, sob pena de recair em prova ilícita e conseqüente nulidade.

Do artigo 3º da Lei 9.296/96, até o artigo 9º, trata-se do procedimento da interceptação telefônica, desde seu requerimento, até a sua utilização ou não como meio probatório, ao final da medida.

No que concerne ao artigo 3º, este regulamenta as partes legítimas para requisitar a interceptação telefônica:

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

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

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

Conforme esclarecemos anteriormente, para que o Poder Judiciário analise um pedido de monitoramento telefônico, é necessário que a Autoridade solicitante cumpra os requisitos descritos no artigo 2º da lei, sob pena de indeferimento do pedido.

Sendo assim, são partes legítimas: o Ministério Público, por ser o representante do povo e o detentor do poder de ação; a Autoridade Policial, por estar conduzindo as investigações e estar mais próxima ao caso concreto; e o próprio juízo, de ofício, face ao sistema inquisitorial vigente.

Não adentrando no mérito do sistema inquisitorial, a abertura da lei para a determinação de interceptação telefônica “*ex officio*”, gerou a crítica da maioria esmagadora da doutrina, a qual, em análise ao espírito da Constituição da República de 1988, julga ser inconstitucional a manutenção de certos princípios inquisitivos após sua promulgação, face ao caráter explicitamente acusatório dado por esta. Acerca de tal, Luiz Flávio GOMES²⁰ apregoa:

“O legislador ordinário brasileiro, muitas vezes sem consciência dos seus limites legiferantes, vem insistindo, nos últimos anos (principalmente na lei 9.034/95, art. 3º), na criação do “Juiz Inquisidor”, o que é absolutamente conflitante com a Magna Carta. (...) Restam no processo penal brasileiro, nos dias atuais, poucas reminiscências do sistema inquisitório”

²⁰ Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 199.

Quanto ao juízo competente para a análise e julgamento do pedido de interceptação telefônica, este, em fase de Inquérito Policial, no estado do Paraná, é apreciado pela Vara de Inquéritos Policiais.

Trata-se de competência funcional, compelida pela lei estadual de organização judiciária, tendo em vista a fase do procedimento. No Paraná, na fase de Inquérito Policial, é competente o juízo supra mencionado.

Nos artigos 4º (conteúdo do pedido de interceptação telefônica), 5º (forma pela qual será executada a captação da comunicação), 6º (como se dará a gravação) e 7º (como funcionam e se serão requisitados os serviços técnicos especializados), podem ser observadas, claramente, as três fases do procedimento cautelar, que são a fase postulatória, decisória e executória, as quais, se não forem devidamente observadas, podem levar a ilicitude da medida e posterior declaração de nulidade como prova ilícita.

Em especial atenção ao artigo 5º, o mesmo dispõe que a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de quinze dias, somente podendo ser renovada por igual tempo, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova:

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

Acerca desta previsão, o entendimento do Doutrinador Guilherme de Souza NUCCI²¹ .:

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.655.

“Embora o art. 5º estabeleça o prazo máximo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, constituindo autêntica ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe, ao certo, quanto tempo pode levar uma interceptação, até que produza os efeitos almejados, a jurisprudência praticamente sepultou essa limitação. Intercepta-se a comunicação telefônica enquanto for útil à colheita da prova”.

Deste mesmo entendimento compartilha o Doutrinador Vicente GRECO FILHO²²: *“A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser um prazo muito exíguo.”*

Neste sentido, também, a Jurisprudência:

EMENTA: Recurso Ordinário em Habeas Corpus. 1. Crimes previstos nos arts. 12, caput, c/c o 18, II, da Lei nº 6.368/1976. 2. Alegações: a) ilegalidade no deferimento da autorização da interceptação por 30 dias consecutivos; e b) nulidade das provas, contaminadas pela escuta deferida por 30 dias consecutivos. 3. No caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido nesse dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o

²² Cf. GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p.31

entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. Precedentes: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006. 5. Ainda que fosse reconhecida a ilicitude das provas, os elementos colhidos nas primeiras interceptações telefônicas realizadas foram válidos e, em conjunto com os demais dados colhidos dos autos, foram suficientes para lastrear a persecução penal. Na origem, apontaram-se outros elementos que não somente a interceptação telefônica havida no período indicado que respaldaram a denúncia, a saber: a materialidade delitiva foi associada ao fato da apreensão da substância entorpecente; e a apreensão das substâncias e a prisão em flagrante dos acusados foram devidamente acompanhadas por testemunhas. 6. Recurso desprovido²³. (grifamos)

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

²³ STF. RHC 88371 / SP. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 14/11/2006.

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. 9.296/96. 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 continuação 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. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas 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 interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 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 indeferido²⁴. (grifamos)

O artigo 8º da Lei n. 9.296/96 dispõe que os pedidos de interceptação telefônica deverão ser autuados em apartado, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Ainda, de acordo com o artigo 1º de referida Lei, toda interceptação deverá correr sob Segredo de Justiça.

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

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na

²⁴ STF. HC 83515 / RS. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 16/09/2004.

conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

O Segredo de Justiça atinge o investigado e seus defensores, num primeiro momento, tanto em fase de Inquérito Policial, quanto em fase de ação penal, o que é plenamente justificável, pois caso houvesse conhecimento da medida, a mesma de nada adiantaria, vez que nenhum resultado útil seria extraído da interceptação.

Porém, como bem ensinou o Doutrinador Luiz Flávio GOMES:

“Impõe-se realçar desde logo, no entanto, que esse segredo interno (para as partes, mais precisamente frente ao investigado) só perdura durante as diligências, gravações e transcrições. Uma vez constituída a prova (a transcrição é o meio probatório que fixa os fatos no processo) deve ser levantado o segredo frente ao investigado e seu advogado. (...) Do contrário haveria ofensa ao princípio da ampla defesa”²⁵.

Ainda, somente o advogado constituído pelo investigado pode tomar conhecimento da medida. Também, com relação a esse meio probatório, não vigora a publicidade, ou seja, a imprensa e a população em geral, não podem tomar conhecimento da existência e do conteúdo da medida.

Tal exigência feita pelo legislador tem como justificativa na busca da verdade real, bem como na eficácia da repressão penal.

²⁵ Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p.159-160.

Por outro lado, o sigilo visa proteger a privacidade, não só do investigado, como de todas as pessoas que venham a fazer contato com o mesmo durante o período das interceptações.

A exigência de 'decretação de Segredo de Justiça' está amparada constitucionalmente, pois o artigo 5º, inciso LX, diz que a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais, desde que a defesa da intimidade ou o interesse social assim exijam.

No artigo 9º da lei, trata-se do incidente de inutilização do que não interessa à prova, sob pena, de novo, de recair em prova ilícita e gerar a nulidade do ato.

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

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

Tal artigo torna-se importante, tendo em vista que durante a interceptação, todas as comunicações feitas pelo investigados, bem como pelos outros interlocutores que com aquele se comunicam, são gravadas, não existindo possibilidade de, anteriormente, saber-se o que será e o que não será útil às investigações.

Sendo assim, o que ao final da investigação for considerado inútil, deverá, com base no artigo supracitado, ser inutilizado. Uma crítica que se faz ao referido artigo é a restrição que este faz (acreditamos que tenha sido por um

lapso do legislador) à inutilização somente das gravações realizadas durante a medida.

É claro que a interceptação telefônica não se restringe somente às gravações, pois, como bem observado inclusive nos artigos anteriores da Lei 9.296/96, para a plena licitude da medida, é necessária a produção de diversos documentos, devendo, tudo o que não interessar à prova da infração ser inutilizado (e não somente as gravações), visando proteger o direito à intimidade de todos os interlocutores que eventualmente tenham sido interceptados.

Acerca de tal, Luiz Flávio GOMES:

“Sendo assim, ao nosso entender, não somente a gravação, senão tudo que não interessa à prova deve ser inutilizado (ou destruído, quando possível). Do contrário, sempre haverá o risco para a privacidade dos comunicadores. E não é isso o que espera o ordenamento jurídico.”²⁶

O artigo 10º da Lei 9.296/96 vem para tipificar a conduta de realizar interceptação ilegal ou quebrar segredo de justiça.

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

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

²⁶ Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p.234..

Diferentemente do que se via na legislação anterior (a qual proibia a divulgação ou transmissão da conversação telefônica), a nova lei antecipa a tutela ao bem jurídico. Agora, não é necessário divulgar ou transmitir, mas o simples fato de realizar a interceptação sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, já serve como tipificação do crime.

Pode-se dizer que esta foi uma das inovações positivas da nova lei de interceptação telefônica, pois, como analisado anteriormente, salvo a exceção contida em lei, deve prevalecer a regra, que é a garantia ao sigilo do cidadão em sua vida privada e em sua intimidade.

O artigo 10º traz três momentos distintos, considerando que constitui crime realizar interceptação telefônica, de informática ou telemática:

- a) **Sem autorização judicial;** lembrando que a interceptação telefônica sobre a qual versa a lei é a realizada por terceiro face a conversa de 2 interlocutores, sendo assim, com colaboração ou não de funcionário de operadora telefônica, com auxílio da tecnologia ou até mesmo com a anuência de 1 dos interlocutores, sem a autorização judicial, constitui crime interceptar sinal telefônico face ao direito de intimidade garantido pela Constituição da República de 1988. Exemplo: Marido que com ajuda de funcionário da operadora de telefonia, intercepta o sinal telefônico de sua própria casa para descobrir infidelidade da esposa.
- b) **Com objetivos não autorizados em lei;** ou seja, com autorização judicial, mas, com objetivos escusos, desviando a finalidade para a qual a medida fora deferida. Exemplo: O mesmo marido, suspeitando da infidelidade da esposa, a denuncia por tráfico de drogas (e esta é interceptada com autorização judicial) com o desiderato de

que as conversas sejam gravadas e ele descubra o adultério.

- c) **Quebrar segredo de justiça**; com o objetivo de resguardar a segurança do Estado de que a medida será efetiva e com o objetivo de resguardar a garantia constitucional de sigilo do cidadão. O sujeito ativo sempre será quem por seu cargo, transmitir ou divulgar a informação que deveria ser mantida em sigilo (art. 8º da Lei 9.296/96). Exemplo: Homem é funcionário de cartório, ou de operadora de telefonia, ou do Ministério Público, ou do distrito policial no qual corre a diligência e por seu cargo tem o dever de guardar segredo.

Necessário se faz diferenciar neste momento, com muita clareza, em que situação constitui crime a interceptação telefônica e em que situação ela somente recairia em prova ilícita. A importância se faz, pois o objetivo do presente trabalho é a possibilidade de a medida recair em prova ilícita e **não** quando ela configura um crime.

O artigo 10º da Lei 9.296/96 é taxativo, ou seja, somente nas hipóteses narradas o crime será configurado. É bem óbvio que, caso a interceptação seja criminosa, ela **também** será considerada como uma prova ilícita, por não preencher os requisitos autorizadores da medida.

Explica-se: quando, no exemplo do artigo 10º, a interceptação for realizada sem autorização judicial, os requisitos para a validação como prova lícita da medida também não foram devidamente cumpridos, pois, o artigo 5º da referida lei, manda que a decisão seja fundamentada, sob pena de nulidade. Logo, se não há autorização judicial, não há decisão fundamentada e recai-se em prova ilícita. Para os outros dois casos do artigo 10º da lei, exemplos também são possíveis.

Em todos os outros casos, em que estes 3 casos específicos, da quebra do segredo de justiça, da interceptação sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei **não** se verifiquem, o crime não estará configurado, **mas** os requisitos de validade ainda devem ser verificados e ainda é tênue a linha entre a licitude e a ilicitude da prova obtida através da interceptação telefônica, haja vista a necessidade de sua perfeição face à lei para a efetiva e lícita quebra da garantia de sigilo constitucional resguardada ao cidadão.

Finalizando os termos da Lei, os últimos 2 artigos dizem respeito a data de entrada em vigor da lei e a revogação das disposições em contrário, respectivamente.

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

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

Importante ressaltar que, todas as interceptações telefônicas deferidas antes da data de entrada em vigor da Lei 9.296/96, ou seja, antes da publicação ocorrida em 25 de julho de 1996, são consideradas ilegais e recaem, segundo entendimento do STF citado acima, em prova ilícita face a ausência de lei autorizadora.

Como lei processual, fora aplicada no momento de sua publicação inclusive nos processos em curso. Entretanto, com autorizações posteriores, ou seja, as interceptações telefônicas já em curso e autorizadas antes de 25/07/1996 continuavam sendo consideradas ilegais e as provas obtidas por estas eram ilícitas.

Quanto às revogações, pouco fora efetiva, pois, o entendimento era que o Código Brasileiro de Telecomunicações, antiga legislação a tratar sobre o assunto, sequer teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988, então, em alguns termos somente este fora revogado, como por exemplo, na tipificação da captação de comunicação, que agora é tratada pelo artigo 10º da Lei 9.296/96.

Capítulo III – CASO CONCRETO

1. Análise prática

Através do presente, após a análise conceitual (i) da interceptação telefônica e da legislação, constitucional e infra-constitucional, que a regula, (ii) das provas *ilícitas* e das provas ilícitas *por derivação* e (iii) da probabilidade da medida de interceptação recair em prova ilícita, podemos concluir que: se todos os requisitos e exigências da lei e da CR/88 não forem respeitados, então é cabal fazer uma análise prática da medida de interceptação telefônica, a qual possui brilhante função na investigação em casos de tráfico de drogas, seqüestros, roubos etc.

Para além dos binômios constitucionalidade/inconstitucionalidade, licitude/ilicitude e para além das críticas que podem (e devem) ser feitas à Lei sob comento (que em alguns pontos, reputamos ambígua e mal redigida), importante se faz relatar a magnitude e a importância da medida de interceptação telefônica, no âmbito do processo criminal e dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Nesse sentido, não seria despropositado afirmar que, a despeito de qualquer crítica que se possa fazer em relação à natureza e à legitimidade constitucional da interceptação telefônica, ela, por diversas vezes, salvou vidas inocentes das mãos criminosas, garantindo e protegendo bens jurídicos de valor incalculável (muitas vezes superiores às garantias processuais dos réus, desde a perspectiva do princípio da proporcionalidade).

2. Formulação hipotética

Com o intuito de nos fazer entender e deixar a medida da interceptação telefônica mais simples de ser compreendida (ou complexa, nos exemplos técnicos), será redigido nas próximas linhas, de forma completa, todo o procedimento de uma interceptação telefônica, em caso fictício no qual fora seqüestrada a pessoa “Y” e o Grupo TIGRE da Capital – Tático Integrado de Grupos de Repressão Especial, está no comando das investigações:

Levantadas as suspeitas sobre o seqüestro de “Y”, a família recebe contato por parte dos seqüestradores, exigindo a quantia de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) para resgatá-lo, dinheiro o qual a família de “Y” não detém, pois, apesar de este trabalhar no Banco Central do Brasil, seu salário supera pouco a casa de um salário mínimo.

Contatada a polícia civil, esta repassa por competência interna, o caso ao Grupo TIGRE – Tático Integrado de Grupos de Repressão Especial, o qual pleiteia perante o Poder Judiciário Estadual, primeiramente a simples quebra de sigilo telefônico da família de “Y”, para tomar conhecimento do terminal telefônico utilizado pelos bandidos. Deferido o pedido com a urgência que o caso requer, concluí-se através da quebra, que os criminosos estão mantendo contato com a família com um celular prefixo 41, desta capital.

Sendo assim, nos moldes perfeitos da Lei 9.296/96, o grupo TIGRE representa perante o Poder Judiciário Estadual, pela interceptação telefônica do celular utilizado e em decisão, o poder judiciário, após remeter o pedido ao ilustre membro do Ministério Público para manifestação, decide o seguinte:

2.1 – Da Decisão que defere o pedido de interceptação telefônica

“VISTOS E EXAMINADOS

Autos nºXXXX.XXXX-X

A Autoridade Policial do **TIGRE – Tático Integrado de Grupos de Repressão Especial**, através de seu Delegado de Polícia, representa pela **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA** do terminal telefônico móvel **BRASIL TELECOM GSM – nº(41) 84XX-XXXX**.

O Ministério Público se manifestou favorável às fls. retro.

SÃO OS FATOS EM SÍNTESE

Consta dos Autos, que a Autoridade Policial do TIGRE, recebeu na tarde de ontem, informações de que a pessoa de “Y” fora seqüestrada e estaria em posse dos seqüestradores. Fora exigido à família, um resgate no valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), conforme cópia do relatório de investigação em anexo.

Em investigações, o grupo TIGRE descobriu o terminal telefônico utilizado pelos criminosos e através deste, pleiteou pela presente medida de interceptação telefônica.

Tendo em vista ausência de outras informações que poderia nortear a investigação e as suspeitas levantadas quanto aos criminosos, a medida postulada deve ser deferida, uma vez que prevalece na espécie o interesse da sociedade na apuração da verdade **(princípio da proporcionalidade)**. Por outro lado, o acesso a dados, documentos e informações personalíssimas é autorizado em procedimentos investigatórios, consoante já previsto na Lei 9.034/95, bem como na Lei 9.296/96 que veio para regulamentar o artigo 5º, inciso XII, parte final, da

Constituição Federal. Nesse vértice, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SIGILO TELEFÔNICO – ADVOGADO – QUEBRA – I – Decisão Judicial fundamentada, com apoio na Lei nº9.296/96, determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal. II – A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificadamente, a fundada suspeita da prática da infração penal. Recurso Desprovido.

(STJ – ROMS 10857 – (199900384342 – SP – 5ªT. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 02.05.2000 – p. 00152)

Segundo o disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, presente no rol de direitos e garantias fundamentais de todo cidadão: *“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”*.

Os requisitos para a validade da interceptação telefônica estão elencados no artigo 2º, da Lei 9.296/96, que desta forma dispõe:

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

I – não houver indícios razoáveis de 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.

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

Conclui-se, que foram preenchidos todos os requisitos para o deferimento de tal pedido, sendo tal medida indispensável e necessária para maior precisão nas investigações dos delitos em tela.

DISPOSITIVO

Em face ao exposto, autorizo a **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA** do terminal telefônico móvel **BRASIL TELECOM GSM – nº(41) 84XX-XXXX**, **DETERMINANDO** a expedição de ofício à operadora de telefonia para proceder ao monitoramento do terminal supra, que deve ser realizado pelo DIEP – Departamento de Inteligência do Estado do Paraná, situado à Rua Rivadavia Vargas, nº261, Vista Alegre, Mercês, nesta Capital. **Prazo de quinze (15) dias, passível de prorrogação.**

Ainda, requirite-se nos ofícios direcionados à operadora de telefonia, para que encaminhe a este Juízo e diariamente ao e-mail delegadoJ@pc.pr.gov.br, os dados cadastrais, a bilhetagem, contendo relação de chamadas efetuadas e recebidas, bem como a localização das ERB's dos referidos aparelhos durante o período da interceptação.

Por fim, se os usuários dos aparelhos móveis utilizarem sistema GSM, sejam monitorados também os IMEI's dos aparelhos, para que no caso de troca de "chip", não seja prejudicada a interceptação e o andamento das investigações.

Ciência ao Ministério Público.

Curitiba, 13 de julho de 2007.

Juiz de Direito"

Com tal medida, o grupo TIGRE descobre o cativo de "Y", através das ERB's do telefone interceptado e do comentário de um dos bandidos, que deixou escapar a localização do cativo, prendendo todos os criminosos e libertando "Y".

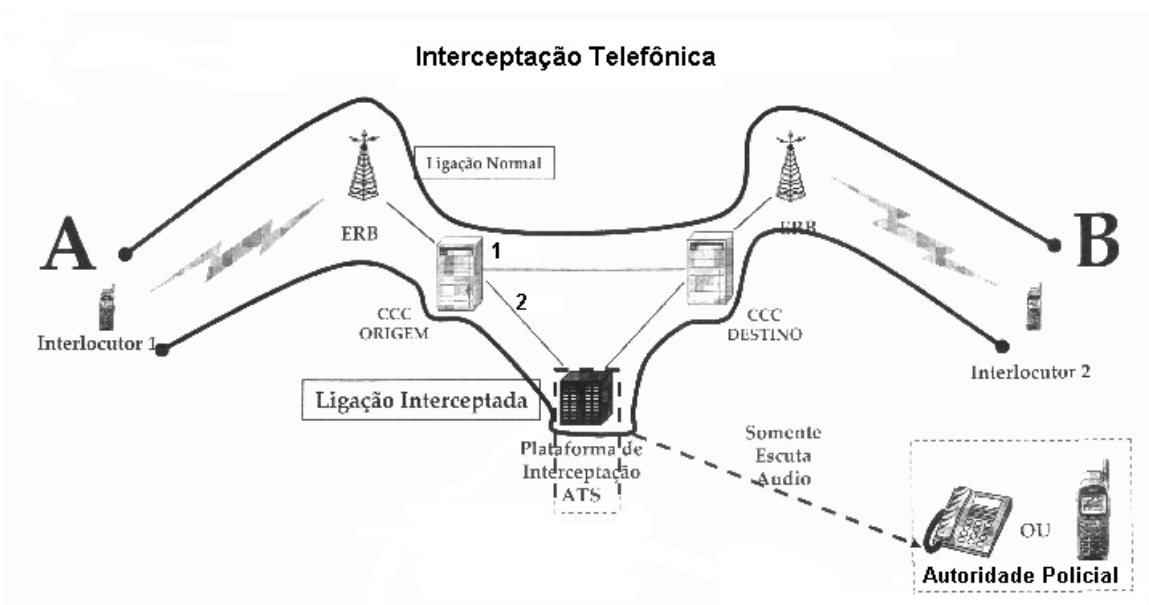
3. Aspectos técnicos da medida

Conforme verificado na decisão fictícia supramencionada, a interceptação telefônica possui diversos aspectos técnicos que podem dificultar a sua compreensão e a sua análise, tanto pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária, quanto pelo próprio advogado ou leigo que pretenda se defender através de *habeas corpus* de deferimento da medida contra a sua pessoa.

Resumidamente, os termos técnicos da interceptação telefônica serão infra explanados, como modo de ilustrar o modo como ocorre a medida após seu deferimento.

Após o deferimento da medida, é expedido pelo juízo que a deferiu, ofício à operadora de telefônica, explanando os termos sob os quais a medida será pautada, a qual entrará em contato com a autoridade policial solicitante e com a plataforma de interceptação (infra explanados) e iniciará a medida imediatamente.

Na forma mais simples de interceptação telefônica, na qual, por exemplo, um telefone celular é interceptado, a medida ocorre conforme imagem ilustrativa abaixo.



Conforme se pode ver na decisão fictícia de deferimento de interceptação telefônica acima exposta e na imagem supra, o interlocutor 1 é quem está sendo interceptado.

Quando este realiza uma chamada para outro terminal telefônico, móvel ou fixo (no exemplo ilustrado outro celular móvel):

1. O sinal primeiramente, quando da solicitação de chamada, segue à antena (ERB – Estação Rádio Base) mais próxima da operadora da qual o interlocutor é cliente;
2. Seque à Central Telefônica da operadora (CCC) que comanda a referida antena (ERB);
 - 2.1 Caso o terminal telefônico **não** esteja sendo interceptado (caminho 1 da figura), o sinal então segue à Central Telefônica (CCC) que comanda a antena (ERB) mais próxima ao interlocutor 2, seguindo a este que atende a chamada e inicia a conversa. Este processo é automático e programado pela operadora de telefonia;
 - 2.2 Caso o terminal telefônico esteja sendo interceptado (caminho 2 da figura), conforme ilustração supra, o sinal então segue para uma plataforma de interceptação (que no exemplo citado, conforme decisão supra, é o DIEP – Departamento de Inteligência do Estado do Paraná);
3. Seguindo no curso da interceptação, na plataforma de interceptação o sinal é gravado e ao mesmo tempo remetido ao terminal telefônico (que pode ser até o celular pessoal do Delegado, conforme sua preferência, é o chamado Desvio de Áudio) da autoridade policial solicitante. Ressalte-se que só o sinal de escuta é remetido, ou seja, o Delegado, quando estiver ouvindo a conversa entre o interlocutor 1 e o interlocutor 2, **não** poderá interferir na conversa, sendo assim, qualquer ruído emitido no ambiente em que a autoridade policial se encontra, não será ouvido pelos interlocutores (imagine a situação em que o Delegado está com uma crise de tosse);
4. Posteriormente, a conversa entre os interlocutores 1 e 2 será transcrita, ou seja, colocada no papel, para juntada aos autos

e posterior utilização ou destruição, nas formas da lei 9.296/96.

Como curiosidade e ilustração a este trabalho, explicam-se alguns termos técnicos ainda não elucidados:

1. **Bilhetagem** é o papel escrito, no qual constam as chamadas efetuadas e recebidas pelo terminal telefônico no período solicitado. É como se fosse uma conta de telefone, na qual as ERB's (Estação Rádio Base – antena) também são discriminadas, sendo assim, é possível saber em qual “área” encontrava-se o interlocutor quando este efetuou os telefonemas;
2. **ERB's** é a antena que vemos nas estradas e nas cidades (telefonia móvel). É por onde o sinal telefônico primeiramente passa antes de prosseguir a Central Telefônica da operadora. Cada antena – ERB, possui um raio de ação, em formato de circunferência ao redor desta. Dependendo de sua localização (em grandes cidades menor, pois construções desviam o sinal, prejudicando a eficiência total da antena) o sinal chega a aproximadamente 10km de raio, sendo assim, quando um terminal esta sendo interceptado (e em conversa) e ao mesmo tempo está se deslocando, é possível traçar uma “rota” pela qual o interlocutor esta indo, pois constantemente o sinal é transferido de ERB para ERB, sempre buscando a ERB mais próxima.
3. **Plataforma de interceptação** é o órgão que possui as facilidades técnicas (aparelhagem) necessárias para a realização da interceptação. No estado do Paraná, são 3 órgãos que as possuem: DIEP – Departamento de Inteligência

do Estado do Paraná; PIC – Promotoria de Investigação Criminal; e o DPF – Departamento da Polícia Federal.

4. **Desvio de Áudio** é o desvio do sinal interceptado ao terminal telefônico da autoridade policial. Conforme supra explanado, a autoridade policial não poderá interferir na conversa entre os interlocutores.
5. **CCC** é a Central Telefônica da operadora. Em operadoras de telefonia móvel, as CCC's comandam uma certa quantidade de ERB's (antenas), sendo que o sinal sempre passa por esta, a qual encaminha a CCC que comanda a ERB's mais próxima ao interlocutor 2. Em operadoras de telefonia móvel, o sistema é mais simples, sendo a CCC responsável por determinadas localizações (em Curitiba, na telefonia fixa, aproximadamente 9 CCC's para comandar toda a região).
6. **IMEI** (International Mobile Equipment Identity) é a numeração própria do aparelho telefônico móvel, sendo assim, quando tratar-se de sistema GSM (na qual o número de telefone de cada cliente encontra-se em um "chip" e não no próprio aparelho), é possível também interceptar o IMEI do aparelho e no caso de troca de chip, no qual o aparelho, por exemplo, NOKIA 3320 (com IMEI 131313), muda o número e quem sabe até de operadora (no Paraná, o sistema GSM é utilizado pela TIM SUL, BRASIL TELECOM GSM e CLARO), mas continua sendo interceptado. É a interceptação do telefone em si, e não do numeral telefônico nele utilizado.

4. Possibilidade de recair em prova ilícita

Conforme analisado nos capítulos anteriores, principalmente quando da análise dos artigos da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica precisa seguir todo um ritual formal para possuir todo o valor probatório (servir como prova lícita) o qual se espera da medida.

Reiterando o procedimento formal, utilizando como exemplo a análise do caso concreto supra, vemos o que abaixo se segue:

1. No caso fictício citado, havia indícios de autoria ou participação em infração penal; a prova não poderia ser feita por outros meios; o fato constitui infração punida com reclusão; e a hipótese fora descrita com clareza e com as possíveis indicações e qualificações (art. 2º da Lei 9.296/96);
2. O pedido partiu da autoridade policial do TIGRE, autoridade competente para tal (art. 3º da Lei 9.296/96);
3. O pedido do TIGRE continha demonstração de que sua realização é necessária à apuração da investigação criminal e indicou os meios para tal (art. 4º da Lei 9.296/96);
4. A decisão do juízo competente, no caso a Vara de Inquéritos Policiais, fora devidamente fundamentada e indicou a forma de execução da diligência (art. 5º da Lei 9.296/96);
5. O Ministério Público fora cientificado e a autoridade policial conduziu os procedimentos da interceptação, determinando posteriormente, a transcrição do conteúdo gravado e encaminhando auto-circunstanciado contendo o resumo das investigações ao juízo competente;

6. A prova fora utilizada, pois revestida das formalidades exigidas na lei, não fora necessária a sua inutilização por decisão judicial (art. 9º da Lei 9.296/96).

Sendo assim, cumpridas todas as formalidades que a lei exige, a medida poderá ser utilizada como meio probatório para a investigação criminal supra. Caso não cumpridas as exigências/requisitos da Lei, conforme exemplo de 01/06 supra), a interceptação telefônica será inútil à investigação, pois, concordamos com a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas (Capítulo I, sessão 1).

Finalizando o tema, importante se faz a análise das **conseqüências** das provas obtidas por meios ilícitos, sendo no caso da interceptação telefônica, ressaltando-se o artigo 10 da Lei 9.296/96, o qual tipifica a conduta da interceptação ilegal.

Acerca do tema, conseqüências da utilização das provas ilícitas em geral, Ada Pelegrini GRINOVER²⁷ faz brilhante explanação, quando cita que, apesar da Constituição da República de 1988 vedar explicitamente o uso das provas ilícitas, através do artigo 5º, inciso LVI, não estabelece de forma explícita, a conseqüência no caso de mesmo com a vedação expressa, tais provas sejam utilizadas.

Sendo assim, parece correto afirmar que para a Magna Carta, tendo em vista a vedação da utilização de provas ilícitas, estas sequer existem para o ordenamento jurídico, são verdadeiras “não-provas”, e nesse caso, não poderiam ser utilizadas para fundamentação de sentença judicial, sob pena de, nesse caso, gerar direito à utilização de *habeas corpus*, conforme inclusive decisões e acórdãos supracitados na presente dissertação.

"A prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de

²⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. *As Nulidades do Processo Penal*. Rio de Janeiro: RT, p.120.

formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13/10/1995)".

No sistema americano, a doutrina avançou um pouco mais no tema, pois, apesar da 4ª emenda à Constituição não dispor "sobre as sanções para o desrespeito aos princípios ali contidos", João Gualberto Garcez RAMOS²⁸, citando Akhil Reed AMAR, preconiza, ao nossos olhos, de maneira bem eficaz:

"(...) o remédio para a violação da 4ª emenda não é a exclusão da prova do processo, mas a responsabilização civil do Estado e do agente público encarregado da diligência ou que induziu a autoridade judiciária em erro ao jurar ou afirmar falsamente".

²⁸ Cf. RAMOS, João Gualberto Garcez. op. cit., p.126.

CONCLUSÃO

Conforme tudo que fora exposto no presente trabalho, concluímos que:

1. Obviamente, as garantias constitucionais de sigilo devem ter grande importância e grande peso no momento em que o magistrado se deparar com um pedido de interceptação telefônica, sendo deferida somente nos moldes de como será tratado nos próximos tópicos.
2. As provas ilícitas, todas e não somente as geradas por uma interceptação telefônica ilegal, devem ser descartadas da investigação, face ao contido na Constituição da República de 1988. Também, as provas ilícitas por derivação, haja vista a necessidade de se manter inequívocas as garantias de sigilo constitucionais.
3. O princípio da proporcionalidade pode e deve ter grande influência no deferimento (ou não) de uma interceptação telefônica, mas, não nos moldes como é tratado, como uma ponderação entre a aceitação ou não de uma prova ilícita na investigação (e posterior condenação ou absolvição do investigado), mas como uma “brecha” criada pela doutrina e pela jurisprudência para se ponderar a possibilidade de fazer prevalecer o interesse pela verdade processual face às garantias constitucionais de sigilo do cidadão.
4. Historicamente a interceptação telefônica evoluiu e apesar de passar por fases polêmicas, atualmente tem respaldo em Lei própria, a qual apesar da crítica de ser mal redigida e ambígua em algumas situações deve servir de escopo para o deferimento (ou não) da medida.

5. Existem várias formas de “interceptação telefônica” *lato sensu* (interceptação telefônica em sentido estrito, escuta telefônica e interceptação ambiental), e a Lei 9.296/96 somente versa sobre estas, na qual há a intervenção de terceiros (com anuência ou não de um dos interlocutores) na captação do sinal telefônico ou ambiental, não devendo referida lei servir de escopo quando da gravação unilateral por parte de um dos interlocutores. (aqui, consideramos que sequer resta configurada “interceptação telefônica”).
6. Que apesar de alguns pontos polêmicos e refutados inconstitucionais na Lei 9.296/96, a medida da interceptação telefônica é excelente, auxiliando a autoridade policial na investigação de diversos crimes de relevante interesse social, como tráfico de drogas, seqüestro, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, etc.
7. Os termos técnicos, apesar de bastante peculiares e confusos, devem ser de conhecimento de todos os responsáveis na investigação, desde a autoridade policial, até o funcionário da operadora de telefonia, sob perigo de ser empregado erroneamente e toda a investigação através da interceptação telefônica recair em prova ilícita.
8. Os requisitos elaborados na Lei 9.296/96 devem ser perfeitamente seguidos, sob pena de cair-se em prova ilícita (ou, como visto, ser tipificado no artigo 10º da referida Lei) e acarretar na inutilidade da investigação, tendo em vista que no Brasil, as provas ilícitas são vistas como “não-provas” e descartadas.

ANEXO – LEI 9.296/96

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. – 1ªEd. São Paulo: Atlas, 1997;

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 4ª ed. rev. e amp. – Porto Alegre: Editora Síntese, 2002;

LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. *Os meios moralmente legítimos de prova*. Editora Revista dos Tribunais;

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

AVOLIO, Luiz Francisco Troquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1995;

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal: sistemas e princípios*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006;

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

GOMES, Luiz Flávio; **CERVINI**, Raúl. *Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA FASE INQUISITORIAL E A
POSSIBILIDADE DE RECAIR EM PROVA ILÍCITA**

CURITIBA

2007