

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

THE INTERCEPT PHONE AS A MEANS OF PROOF IN CRIMINAL CASE

*Amanda Merlini DUTRA**

SUMÁRIO: 1. O Estado como meio de defesa social; 1.1 Estado e Direito; 1.2 Princípios e valores; 1.2.1 Princípio da proporcionalidade; 2. Do direito à prova; 2.1 Da prova no processo penal; 2.2 Princípios aplicáveis às provas; 3. Das interceptações telefônicas; 3.1 Aspectos conceituais; 3.2 Disciplina do Direito Brasileiro; 3.3 Aspectos da Lei 9.296/1996; 3.3.1 Aspectos constitucionais da Lei 9.296/1996; 3.3.2 Aspectos processuais; 3.3.3 Aspectos materiais da Lei 9.296/1996; 4. Considerações finais; Referências Bibliográficas

RESUMO: O artigo trata sobre a utilização da interceptação telefônica como meio de prova lícita no processo penal, sem que sejam ofendidos os direitos fundamentais individuais do cidadão, tendo como fundamento maior o princípio da proporcionalidade, aplicado no Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The article discusses the use of telephone interception as permissible evidence in criminal proceedings, without being offended the fundamental rights of individual citizens and is based upon the principle of proportionality, applied in a democratic state.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptações telefônicas. Provas. Processo Penal. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.

KEYWORDS: Telephone intercepts. Evidence. Criminal Procedure. Fundamental Rights. Proportionality.

INTRODUÇÃO

O homem se agrupa em sociedade com o fim de se proteger e, o faz por

*Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: amanda@hotmail.com. Artigo submetido em 16/10/2013. Aprovado em 04/11/2013.

meio do Estado. Desse modo, o Estado tem o dever de proteger valores fundamentais para a subsistência do meio social.

Para garantir tal proteção, o Estado deve ter à sua disposição meios de controle efetivo que garantam a segurança jurídica e social da população ao combate do crime organizado. No entanto, a atuação estatal não é irrestrita ou ilimitada. Ela deve estar em consonância com os direitos e garantias fundamentais previstos não só na Constituição Federal de 1988, mas em todo ordenamento jurídico, tendo em vista que estamos sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

O Estado, como hoje é conhecido, é fruto da evolução social. Dentre suas funções primordiais encontramos o poder-dever de garantir à sociedade a paz social. Para compreender situação atual que em que o Estado se encontra, é necessário um estudo acerca da origem do Estado e sua evolução ao longo das transformações sociais.

1. O ESTADO COMO MEIO DE DEFESA SOCIAL

O termo “Estado”, derivado do latim status (estar firme), como hoje é utilizado, foi empregado pela primeira vez em 1513, por Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, significando “situação permanente de convivência ligada à sociedade.” (DALLARI, 2009, p. 51). O termo difundiu-se durante os séculos XVI e XVII entre franceses, alemães, ingleses, tornando-se como sinônimo de sociedade política no Século XVI. Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 52-53) ensina que existem basicamente três posições distintas sobre o aparecimento do Estado. A primeira delas acredita que, da mesma maneira que a sociedade, o Estado sempre existiu. A segunda, que embora a sociedade sempre tenha existido, o surgimento do Estado teria sido posterior, ou seja, a sociedade existiu por um período independente do Estado. Por fim, a terceira corrente defende que somente a sociedade política dotada de certas categorias pode ser definida como Estado, portanto, o Estado teria surgido apenas no Século XVII, no ano de 1648, ano este em que foi assinada a paz de Westfália.

Para poder compreender a primeira teoria, é preciso ter certo conhecimento acerca da existência da sociedade, pois os autores que defendem tal teoria acreditam que o aparecimento do Estado coincide com o surgimento da sociedade.

A origem da sociedade está ligada à seguinte dicotomia: o homem vive em sociedade por liberalidade ou então, há uma coação irresistível que o obriga a viver de maneira agrupada? Tais questionamentos resumem os dois grandes grupos teóricos existentes sobre origem da sociedade. O primeiro grande grupo acredita que a sociedade se desenvolveu naturalmente, pois ela é fruto da própria natureza humana. Já o segundo, sustenta que a sociedade é apenas um ato de escolha humano, fruto de um acordo de vontades (teoria do contratualismo).

A primeira teoria, que possui um número maior de seguidores, defende que o homem é um ser social por natureza. Dentre seus seguidores mais remotos encontramos: Aristóteles (século IV A.C), Cícero (século I A.C), Santo Tomás de Aquino. Tais autores defendem que existem fatores naturais determinantes, fatores

estes que fazem com que o homem procure viver em agrupamento social. Somente os seres mais elevados e vis conseguiriam viver em isolamento. (DALLARI, 2009, p. 10).

Assim, para aqueles que defendem a sociedade natural, a origem da sociedade é decorrente da necessidade humana de cooperação, com a finalidade de preservar sua própria existência, aliada à vontade humana, tendo em vista que o homem busca aprimorar a vida social.

A segunda corrente doutrinária defende que a origem da sociedade “é fruto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre homens” (DALLARI, 2009, p. 12). Para os contratualistas, a sociedade é oriunda da vontade humana, que repele o estado de natureza através da celebração do contrato social.

Apesar de existirem grandes defensores do contratualismo, atualmente prevalece a teoria do naturalismo, segundo a qual a sociedade se origina naturalmente. Todavia, não se exclui a consciência e a vontade humana.

Em suma, resta dizer que a sociedade é fruto da natureza do homem aliada à participação da vontade e da inteligência humana. Ela necessita para existir da convivência pacífica de seus membros que só se faz possível mediante a implementação de normas sociais, que garantam o direito de cada um. É necessário que elas estabeleçam os deveres e os limites de atuação de cada cidadão. (BASTOS, 2004, p. 31).

O Estado surge, portanto, como um meio de defesa e proteção social, onde cada indivíduo deixa de agir conforme sua vontade isolada e passa a submeter-se a normas cogentes, visando o bem-estar social.

Visando à continuidade da vida em sociedade, à defesa das liberdades individuais, em suma, ao bem-estar geral, os homens organizaram-se em Estado. Desde então eles se submeteram às ordens dos governantes, não mais fazendo o que bem queriam e entendiam, mas o que lhes era permitido ou não proibido. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 42).

Desse modo, a existência do Estado é imprescindível para a existência da sociedade. Não há, portanto, sociedade sem Estado, pois aquela depende deste para sobreviver. Caso não houvesse Estado, a existência humana estaria condenada à degradação, pois cada indivíduo agiria conforme sua própria vontade, não haveria submissão às normas e ainda, não haveria um pensamento social e coletivo.

De acordo com os ensinamentos do professor Miguel Reale, o Estado é tanto meio quanto fim, na medida em que, proporciona ao indivíduo inserido em uma coletividade vida digna e, também, traduz os valores éticos essenciais que

devem ser respeitados por todos para que a coexistência em sociedade seja possível, respectivamente.

Donde dizer-se com razão que o Estado é, ao mesmo tempo e complementarmente, um meio e um fim. É um meio na medida em que sua estrutura e força originam-se historicamente, através de mil vicissitudes, para possibilitar aos indivíduos uma vida condigna no seio de uma comunidade fundada nos valores de paz e do desenvolvimento.

Por outro lado, o Estado se põe como fim, enquanto representa, e tão somente quando representa, concomitantemente, uma ordem jurídica e uma ordem econômica, cujos valores devem ser respeitados por todos como condição de coexistência social harmônica, onde os direitos de cada um pressupõem iguais direitos dos demais, assegurando-se cada vez mais a plena realização desse ideal ético. (REALE, 2005, p. 80).

Assim, o Estado surge como uma opção da sociedade, visando aumentar as chances de sobrevivência e desenvolvimento da humanidade, ou seja, sua própria subsistência.

1.1 Estado e Direito

Estado, enquanto entidade política, possui íntima ligação com o Direito, tendo em vista que é este que estabelece seus contornos de atuação, limitando seu agir.

A presença do Estado enquanto entidade interfere cotidianamente na vida em sociedade, direcionando sua atuação, impondo restrições ao que os indivíduos podem ou não fazer, reprimindo os infratores que afrontam bens ou interesses da sociedade ou do próprio Estado. Este, exercendo poder, limita a liberdade individual, fazendo-o por meio do direito, que, nesse sentido, funciona ele próprio como instrumento regulador da atividade estatal, já que esta não se pode dar sem controle, ou seja, de forma ilimitada. (BONFIM, 2010, 33-34).

É certo que o Estado possui grande poder de impor inúmeras restrições aos indivíduos, garantindo, desse modo, que o convívio social seja pacífico. Ocorre que essa restrição aos direitos fundamentais individuais não pode ser ilimitada. Por tal motivo, o Direito surge como meio de estabelecer balizas norteadoras da atuação estatal.

O ordenamento jurídico – o conjunto de normas jurídicas – de determinado Estado molda, por conseguinte, sua atuação, a fim de evitar ocorrência de arbitrariedades, como o exercício da força fundado exclusivamente na vontade do governante, em detrimento do bem comum. (BONFIM, 2010, p. 34).

O ordenamento jurídico, portanto, possui relevância no Estado Democrático de Direito, pois além de garantir segurança às relações sociais, protege os direitos individuais fundamentais da atuação desmedida do Estado.

Partindo do pressuposto que as normas jurídicas limitam a atuação estatal, não seria admissível que tais normas emanassem do próprio ente que deveria

cumpri-las. Se tal fato ocorresse, é evidente que o Estado elaboraria apenas as normas que atendessem seus próprios interesses e não os interesses da coletividade.

É certo que nos primórdios todo poder estava entregue nas mãos de uma só pessoa, como ocorria nos regimes tribais, de economia familiar patriarcal e até nos regimes monárquicos, conforme ensina Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 42). Tal fato de certa forma causava insegurança e não garantia proteção aos indivíduos, tendo em vista que a atuação do governante não possuía limites e não existiam freios que fossem capazes de limitá-la.

Pensando em tais questões, filósofos modernos como Locke e mais especificamente Montesquieu perceberam que as principais funções estatais não poderiam ser entregues a um mesmo ente, havendo necessidade da separação dos poderes essenciais do Estado.

Perceberam, assim que o poder funcionava de modo mais equilibrado se a função de criar as normas jurídicas fosse exercida por órgão diverso daquele que se incumbiria de cumpri-las ou providenciar para que fossem cumpridas. Surgia a doutrina da separação de Poderes (*rectiu*, funções), que exerce grande influência na maneira segundo a qual os Estados atualmente são organizados. Com base na doutrina de Montesquieu (*O Espírito das Leis*), o poder estatal deveria ser exercido por três Poderes, independentes e harmônicos do ponto de vista funcional. (BONFIM, 2010, p. 35, grifo do autor).

Muitos autores criticam o termo “separação dos poderes”, por acreditarem que o Poder do Estado é uno e indivisível, defendendo, desse modo, que seria mais correto o termo “divisão de poderes”, sendo que as funções preponderantes do Estado que seriam divididas.

É preciso considerar que a teoria da separação dos Poderes eclodiu nos meados do século XVIII, no Iluminismo, como meio de enfraquecer o Estado Soberano, garantindo assim mais liberdade aos indivíduos. Já a separação das funções estatais garantiu que o serviço prestado pelo Estado fosse mais eficaz, atingindo com mais êxito as necessidades sociais.

De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é defesa das liberdades do indivíduo, pois quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o de maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. (DALLARI, 2009, p. 217).

Desse modo, é preciso ter em mente a Separação dos Poderes, historicamente, surgiu como um meio de limitar e enfraquecer o Estado. Com a evolução social, percebeu-se que tal separação apresentava uma atuação mais

eficaz, proporcionando um melhor atendimento aos anseios sociais.

Quer adote-se uma corrente ou outra, é certo que a separação de poderes é extremamente benéfica ao meio social, pois além de limitar a atuação estatal, garante que tal ente realize seu serviço com mais presteza e eficiência.

Conforme ensina Edílson Mougnot Bonfim, “O poder do Estado, uno soberano, fica, dessa maneira, diluído entre os Poderes que o compõem” (2010, p. 35).

Portanto, para atingir seus fins, o Estado entregou suas funções básicas a três órgãos distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que cada órgão possui, dentro de seu campo de atribuições, funções essenciais e não conflitantes, sendo, portanto, conforme determina o artigo 2º da Constituição Brasileira de 1988,¹ “independentes e harmônicos entre si”.

Assim, o Poder Legislativo tem por função primordial a elaboração de normas jurídicas, enquanto o Executivo terá por função primordial o cumprimento, de ofício, e de acordo com critérios próprios, do que determinam aquelas normas jurídicas. Já o Poder Judiciário encarregar-se-á, primordialmente, da jurisdição. (BONFIM, 2010, p. 35).

O Estado, através do Poder Legislativo, elabora suas leis com o intuito de traduzir os anseios sociais essenciais, disciplinando as condutas humanas, regulando, de igual modo, as relações individuais. Além disso, as normas elaboradas pelo Estado trazem as consequências oriundas da não observância de seus próprios preceitos legais.

Para manter a harmonia no meio social e, enfim, para atingir os seus objetivos, um dos quais se alça à posição de primordial – o bem-estar geral –, o Estado elabora as leis, por meio das quais se estabelecem normas de condutas de certos fatos e acontecimentos que surgem na vida em sociedade. Essas normas, gerais e abstratas, dispõem, inclusive, sobre as consequências que podem advir do seu descumprimento. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 43).

As normas, portanto, são indispensáveis para a existência do convívio social, pois elas dão as diretrizes de como o homem deve agir perante seu semelhante e, também, estabelece os limites da atuação estatal, preservando direitos individuais, além de proporcionar ao Estado meios de atuação adequados em favor do interesse comum.

1.2 Princípios e valores

As regras jurídicas originam-se do poder soberano do povo, que elege seus representantes para atuarem no Poder Legislativo, elaborando-as. Cabe ao Poder Legislativo, portanto, traduzir os anseios e valores sociais considerados mais relevantes, transformando-os em regras cogentes, fazendo com que tais valores sejam respeitados socialmente.

¹ Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ocorre que a sociedade está em constante transformação, e isso faz com que, caso as regras não fossem interpretadas, elas perderiam seu sentido de ser. Sob tal enfoque, os princípios e valores ganham um campo de atuação especial, pois permitem que as regras jurídicas sejam atualizadas constantemente, traduzindo os atuais anseios sociais de uma determinada sociedade.

Apesar de estarem próximos, os princípios não se misturam com os valores, isto é, seus conceitos não se confundem, conforme posicionamento de Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Tal autor ensina que as normas jurídicas se dividem em princípios e regras, ambas situadas no campo deontológico. Há, ainda, os valores, situados no campo axiológico.

Portanto, para tal autor, tais institutos estão em campos distintos: enquanto o princípio encontra-se em um campo deontológico (campo do dever ou dever ser), o valor situa-se no campo axiológico (aquilo que é considerado bom).

[...] fica fácil perceber a diferença entre o conceito de princípio e o conceito de valor. Princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico (ALEXY, Robert, 2011, p. 146).

Os princípios são expressões normativas dotadas de vagueza e de amplitude considerável, servindo como norte de todo ordenamento jurídico, bem como de fundamento para aplicação das leis em casos concretos. Paulo Bonavides (2011, p. 283), ao conceituar o termo princípio, define-se como “a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”. Assim,

Os princípios são dotados de *vagueza*, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma expressão de valores principais de uma dada concepção de Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*. (ROTHENBURG, 1997, p. 18, grifo do autor).

São exatamente a generalidade e a vagueza que permitem que os princípios sejam flexíveis, amoldando-se às situações de fato. Permitem, também, que as normas jurídicas acompanhem as mutações da evolução social. Sobre tal assunto, Walter Claudius Rothenburg posiciona-se da seguinte maneira:

Da generalidade e da vagueza decorre a plasticidade que os princípios jurídicos apresentam, permitindo-lhes amoldarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social. Essa é uma característica predominantemente formal: prende-se antes à expressão linguística dos princípios que a seu sentido, visto que este deve ser sempre preciso em determinado contexto,

refletindo com precisão a tradução jurídico-normativa dos valores mais caros e oportunos (1997, p. 21).

Tanto as regras quanto os princípios integram o ordenamento jurídico de maneira geral e, por tal motivo, devem ser aplicados conjuntamente, através de uma interpretação sistêmica. Eles desempenham função distinta no ordenamento, sendo que ambas as funções são relevantes.

São os princípios que permitem que a interpretação do ordenamento jurídico seja uníssona, conciliando valores fundamentais e aparentemente antagônicos. Nesse contexto eles desempenham papel integrador² no ordenamento jurídico.

No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando os objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por suas vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de *justiça*. (BARROSO, 2011, p. 209, grifo do autor).

Por tal motivo, a violação de um princípio constitucional, muitas vezes, pode ser mais grave do que a desobediência de uma regra jurídica, posto que os princípios estão localizados no centro de todo ordenamento, sendo, portanto, a base de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantias para liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. (BONAVIDES, 2011, p. 435).

Partindo de tais ensinamentos, é possível concluir que cabe ao aplicador do direito a utilização dos valores e princípios como meio de atualização e modernização das regras jurídicas, bem como do ordenamento jurídico como um todo, permitindo que este se adapte à realidade social vivenciada em determinado momento histórico.

Cabe ao jurista, também, a utilização de critérios de ponderação ou sopesamento quando ocorrem os inevitáveis conflitos entre princípios elencados constitucionalmente, analisando o caso concreto para que haja uma melhor harmonização dos valores elencados pela sociedade como primordiais.

1.2.1 Princípio da proporcionalidade

Cotidianamente, surgem inúmeros conflitos entre a sociedade e os

² O papel integrativo não é o único desempenhado pelos princípios. Dentre as principais dimensões dos princípios estão a fundamentadora, a interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa, conforme ensinamento de Paulo Bonavides (2011, p. 283).

indivíduos, entre os indivíduos e o Estado, e, por fim, entre próprios indivíduos em suas relações particulares. Tais conflitos se originam da colisão de interesses juridicamente tutelados.

Para dirimir tais conflitos, o Estado, ente detentor do monopólio da Justiça, vale-se do processo como instrumento de composição de litígios. Ocorre que não é aceitável que tal atuação estatal ocorra de forma arbitrária e desmedida. Por tal motivo, o processo em si e em especial o processo penal ganha um caráter publicístico, de matriz constitucional. Destarte,

Extrai-se que o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade (FERNANDES, 2010, p. 22).

O processo penal desdobra-se o binômio *jus puniendi e jus libertatis*, isto é, entre a pretensão do Estado em reprimir os delitos praticados pelos indivíduos e o interesse individual de cada um de proteger e garantir sua liberdade. Evidentemente, o Estado é o ente mais forte de tal relação e não seria admissível que ele exercesse tal poder de maneira ilimitada e irracional.

O Estado é titular único e exclusivo do direito de punir. Poderia reprimir os delitos pelos seus órgãos administrativos, ou pelos seus Juízes, como acontecia no processo inquisitivo, mas como ninguém suportaria viver num Estado em que o titular do direito de punir pudesse exercê-lo desenfreadamente, ele autolimitou o seu poder repressivo, preferindo, tal como se dá no cível, o uso das vias judiciárias para julgar o seu interesse na repressão, e, ao mesmo tempo, tutelando o direito de liberdade, de maneira bem significativa, exigindo a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, não admitindo que o autor da conduta punível se submeta à pena sem reação, criou um verdadeiro processo de partes. Sua pretensão punitiva, nascida no instante mesmo em que se verifica a infração, deve ser resistida (TOURINHO FILHO, 2010, p. 49-50).

Sob tal vertente, o princípio da proporcionalidade ganha espaço relevante no âmbito do direito processual penal, uma vez que ao mesmo tempo em que limita a atuação estatal, proporciona segurança aos indivíduos, pois permite que seus direitos e garantias fundamentais sejam respeitados.

José Laurindo de Souza Netto, ao conceituar o princípio da proporcionalidade, diz que:

O princípio da proporcionalidade é, pois, uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito que exige do Estado o exercício moderado de seu poder. [...]. Torna-se um princípio constitucional com expressão da pretensão geral da liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do *status civitatis*, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justifica quando

não ultrapassa o estritamento necessário à consecução do fim pretendido. (2008, p. 64, grifo do autor).

O princípio em comento teve origem na Alemanha, eclodindo dos pensamentos dos jusnaturalistas e iluministas, principalmente no âmbito do Direito Administrativo, sendo que, após o período da 2ª Guerra Mundial tal princípio se expandiu para os demais ramos do Direito, inclusive para o campo do processo penal, tomando assento tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemã. Difundindo-se, posteriormente, para toda a Europa (FERNANDES, 2010, p. 51).

É pacífico o entendimento doutrinário que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios ou requisitos para que sua aplicação seja válida, são eles: necessidade, utilidade e adequação (ou proporcionalidade em sentido estrito, conforme ensina Paulo Bonavides). (2011, p. 396).

Em relação à adequação, tempos que o princípio em questão deve ser aplicado quando foi um meio apto para produzir um fim visado, isto é, a restrição a um direito fundamental só é admissível quando permitir que a finalidade inicialmente pretendida seja atingida.

A adequação, a ser verificada empiricamente, deve ser analisada de maneira objetiva, como adequação qualitativa ou quantitativa, e de forma subjetiva, ligada à idoneidade em face do sujeito passivo. A medida deve assim, ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa), a sua duração ou intensidade deve ser condizente com a sua finalidade (adequação quantitativa) e deve a medida ser dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser atuada (adequação subjetiva). (FERNANDES, 2010, p 53).

A necessidade, por sua vez, está ligada a ideia de intervenção mínima, isto é, não basta que o meio atinja o fim visado, mas também que ele seja o meio menos gravoso para a consecução de tal fim (BARROSO, 2006, p. 157).

Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando as outras que também o atingiriam de forma menos danosa. Assim, se, em virtude da imputação, for possível demonstrar o fato por meio de prova menos gravoso, como um documento a ser requisitado a um órgão público ou a uma instituição financeira, ou uma testemunha presencial, não se justifica a determinação de busca domiciliar, de uma quebra de sigilo telefônico ou bancário (FERNANDES, 2010, p. 54).

Por fim, no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, temos que ela se relaciona com a teoria de sopesamento difundida por Alexy, ou seja, deve-se analisar no caso concreto qual valor juridicamente tutelado possui maior relevância: o que protege o direito individual ou o que o restringe.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência do

sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (ALEXY, 2011, p. 117, grifo do autor).

O princípio da proporcionalidade apresenta estreita ligação com o tema do presente artigo, tendo em vista que a utilização da interceptação telefônica como meio de prova coloca em conflito dois interesses juridicamente tutelados: a garantia do sigilo das comunicações e o direito-dever do Estado de atuar na persecução penal, em busca da punição do acusado.

2. DO DIREITO À PROVA

O direito à prova integra o rol das garantias do devido processo legal, sendo assegurado no direito americano pelo *due process of law*, conforme ilustra Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 71).

Tal direito das partes desdobra-se em várias outras garantias processuais. Ao elencá-las, o supracitado autor defende que:

Aqui, de forma abrangente, desdobra-se o direito à prova em vários direitos da parte: a) direito de requerer produção de prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção de prova; c) direito a que, deferida a produção de prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito de participar da produção de prova; e) direito a que a produção de prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador. (FERNANDES, 2010, p. 73).

Assim, o direito à prova compreende um fluxo de atos das partes e do próprio julgador da causa com o intuito de demonstrar as afirmações inicialmente feitas por aquelas, formando, portanto, o convencimento do juiz, agente público que atua em nome da sociedade.

Além de tal faceta, o direito à prova pode apresentar-se como um direito subjetivo, tanto do acusado quanto da acusação,³ sendo, portanto, direito de ação e defesa, na medida em que é através de seu exercício efetivo que as partes são ouvidas em juízo, demonstrando e comprovando suas pretensões.

³ Não há como negar que a acusação também possui direito à prova, na medida em que vige entre nós o princípio da igualdade e do contraditório, expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, inclusive proporcionando às partes “paridades de armas”.

Tal direito subjetivo ainda é público, posto que seu sujeito passivo é o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, órgão este que tem o dever de apreciar a demanda entregue pelas partes em Juízo, conforme ensina Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 85).

Portanto, é através do direito à prova que as partes possuem a capacidade de influir no julgamento da lide, na medida em que tal direito proporciona a estas meios adequados para demonstrar ao julgador as circunstâncias em que o delito ocorreu, ou ainda, a inocência do acusado. Por tal motivo, torna-se relevante analisar os aspectos intrínsecos e extrínsecos de tal garantia constitucionalmente prevista, pois é através dela que as partes trazem aos autos tudo o que ocorre no mundo dos fatos.

2.1 Da prova no processo penal

Conforme amplamente analisado no capítulo anterior, cabe ao Estado atuar na *persecutio criminis*, buscando punir aquele que quebra a confiança mútua social e pratica atos considerados legalmente como infrações penais. O Estado, através de seus órgãos específicos, age com o fim de preservar e garantir a paz social.

A atuação do Estado na atividade probatória não pode ser desenfreada ou ilimitada, pois ela deve estar em consonância com os direitos e garantias constitucionalmente previstos. Há, portanto, limites materiais e processuais, constitucionais e legais que condicionam a atuação estatal.

É exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdades assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 146).

No âmbito do processo penal, as provas possuem grande relevância, pois são elas que permitem que o julgador tome conhecimento dos fatos. O conhecido brocardo jurídico *Narra mihi factum dabo tibi jus* já revela a importância da prova, tendo em vista que cabe ao julgador conhecer o direito, enquanto os fatos devem ser demonstrados pelas partes.

Portanto, “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.” (BONFIM, 2010, p. 335).

Ocorre que o juiz não é o único destinatário da prova, pois ele não age em nome próprio, mas sim em nome da sociedade que conferiu ao Estado o direito de punir através do processo, instrumento capaz de restabelecer a paz social, retornando, sempre que possível, ao *status quo* antes vivenciado.

Mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está

limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão. (GOMES FILHO, 1997, p. 17-18).

É necessário reconhecer que o tema das provas está amplamente ligado à atuação do Estado perante a sociedade. Tal afirmação se faz possível na medida em que o perfil que o Estado possui determina como será o sistema probatório vigente no país. Conforme ensina Antônio Magalhães Gomes Filho:

Dentre tais condicionantes, é imprescindível sublinhar que as concepções sobre o papel do processo – e, especialmente, da prova – estão diretamente relacionados aos escopos do próprio Estado: assim num Estado que pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória está menos afetada pelos interesses do próprio Estado. (1997, p. 19).

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, houve uma considerável alteração no âmbito das provas no direito processual penal, alterando significativamente tal matéria. Para compreender as mudanças, faz-se necessário traçar um panorama histórico acerca do instituto das provas no âmbito do processo penal.

A justiça penal só efetiva suas decisões, isto é, faz com que elas sejam respeitadas tanto pelas partes quanto pela sociedade, se o processo for baseado em provas legalmente produzidas e ainda, sob o crivo do contraditório, dando-se oportunidade à defesa para que esta se posicione de maneira ativa no processo, produzindo provas e ainda, contestando as provas produzidas pela acusação.

Em outras palavras, um verdadeiro modelo cognitivo de justiça penal pressupõe não apenas que a acusação seja confirmada por provas (*nulla accusatio sine probatione*), mas também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação (*nulla probatio sine defensione*). (GOMES FILHO, 1997, p. 55, grifo do autor).

2.2 Princípios aplicáveis às provas

É possível afirmar que muitos princípios aplicam-se ao capítulo das provas, tendo em vista que, sendo o direito à prova uma garantia expressamente prevista

na Constituição Federal, mostra-se necessário a incidência dos princípios para balizar a atuação das partes, bem como do órgão jurisdicional.

O objetivo do presente tópico não é esgotar todos os princípios aplicáveis ao direito à prova no âmbito do processo penal, mas apenas de pontuar aqueles que mais se destacam no campo probatório, posto que apesar de ser um tema de valor elevado, a tentativa de esboçar todas suas minúcias certamente desviaria o foco da presente pesquisa.

O primeiro princípio que pode ser invocado, de suma relevância, é o princípio do contraditório, sendo este aquele que determina que “toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte” (CAPEZ, 2011, p. 384).

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 137), o contraditório é uma garantia de “imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional”, pois a ausência de diálogo entre as partes gera o perigo que a prestação jurisdicional se torne “unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça”.

Desse modo, o princípio do contraditório permite que as partes desempenhem o exercício de ação e de defesa, isto é, que elas participem ativamente do processo e ainda, que tomem conhecimento de todos os atos processuais desempenhados.

Ada Pellegrini Grinover, *et al.*, de igual modo, também ressaltam a importância do princípio do contraditório no âmbito do processo e, especialmente, no campo das provas:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estar poderem servir-se das provas. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 137)

Tais autores ainda prosseguem afirmando que o contraditório, no âmbito da prova, desdobra-se em muitos aspectos relevantes, sendo os principais:

a) Proibição de utilização dos fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidos na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova. (2006, p. 138, grifo do autor)

O princípio do contraditório traz a possibilidade que o acusado participe ativamente do processo, conforme exposto acima. No entanto, isso não significa que o Réu tem a obrigação de fazê-lo.

Tal fato se dá, pois, diferentemente do processo civil, no processo penal o acusado possui o direito ao silêncio, isto é, ele não é obrigado a se autoincriminar e sequer produzir prova contra a si mesmo.

De qualquer modo – e isso é o que interessa no presente estudo – o direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional. (GOMES FILHO, 1997, p. 114)

A própria Constituição Federal reconhece tal direito, em seu artigo 5º, inciso LXIII,¹⁰ na medida em que prevê que é direito do acusado permanecer calado.

Outro princípio que pode ser destacado é o princípio da oralidade. No campo processual penal, há a prevalência da palavra falada sobre a palavra escrita, conforme pontua Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2008, p. 33). Por tal motivo, por exemplo, os depoimentos das testemunhas são colhidos no momento da audiência, sendo vedado às partes trazê-los por escrito.

José Laurindo de Souza Neto (2008, p. 151) ensina que o princípio da oralidade se inter-relaciona internamente com os princípios da imediação, concentração, continuidade, publicidade e identidade física do juiz.

Extraí-se do conteúdo dessa relação, a expressão oral do atos e termos processuais (oralidade), a presença ininterrupta dos sujeitos processuais (imediaticidade), a inexistência de fragmentação (continuidade) da audiência controlada pelo público (publicidade), na qual se realizam todos os elementos necessários a decisão, tomada por um Juiz que dela necessariamente participou. (SOUZA NETO, 2008, p. 151).

Portanto, a oralidade desempenha papel fundamental no âmbito processual penal, na medida em que além de proporcionar ao julgador maior contato com as provas, inclusive em sua colheita, garante a ampla defesa, pois permite que as partes acompanhem a produção probatória em tempo real.

Já o princípio da aquisição ou comunhão da prova significa que, desde que introduzida ao processo, a prova passa a pertencer a este e não às partes, tendo em vista que sua finalidade é atingir os interesses da Justiça (CAPEZ, 2011, p. 384).

Com base em tal princípio, é possível que a acusação se beneficie com provas produzidas pela defesa e, de igual modo, que a defesa utilize documentos juntados pela acusação, pois o destinatário da prova é a figura do juiz, dotado de jurisdição.

Ainda, é possível citar os princípios da proporcionalidade e do livre convencimento motivado, os quais já foram devidamente abordados em diferentes tópicos no presente trabalho e, com o intuito de evitar repetição desnecessária, nos reportamos.

Analisar o significado da prova no âmbito processual penal proporciona uma melhor compreensão do tema central do presente trabalho de conclusão de curso – as interceptações telefônicas como meio de prova lícita – tema este que será abordado com mais profundidade no capítulo seguinte.

3. DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A Constituição Federal de 1988 dedicou um dos incisos do seu artigo 5º, mais precisamente o inciso XII, para tratar a respeito das interceptações telefônicas. Isso demonstra a importância do presente tema.

Além disso, é forçoso reconhecer que atualmente, com a evolução dos meios de comunicação e, principalmente, com a difusão dos respectivos meios, houve um aperfeiçoamento nas práticas delituosas e, com isso, mostra-se necessário colocar à disposição do Estado meios mais eficazes para combater a organização criminosa.

Dentre tais meios, é possível destacar as interceptações telefônicas, pois a partir do momento que a Constituição Federal passou a prever tal prática, elas passaram a ser uma possibilidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso, não é qualquer tipo de interceptação telefônica que pode ser considerada lícita, isto é, o fato da Constituição Federal prever a possibilidade das interceptações não significa que ela pode ser realizada de qualquer maneira, até mesmo porque a própria Constituição Federal determinou a realização conforme prevê a legislação infraconstitucional.

Desse modo, houve a edição da Lei 9.296/1996, lei esta que atualmente regula o tema das interceptações telefônicas no território brasileiro.

3.1 Aspectos conceituais

Tecnicamente, a interceptação pode ser conceituada como “a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles” (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 195). A interceptação é caracterizada, portanto, pela existência de um terceiro estranho aos interlocutores, responsável pela captação da conversa e isso se dá pelo próprio sentido etimológico do termo.

Há duas espécies de interceptação, sendo que elas se distinguem pela presença ou ausência de conhecimento da captação por um dos interlocutores.

Assim, caso um dos interlocutores tenha conhecimento que a conversa está sendo gravada, ocorre o que a doutrina costuma chamar de *escuta telefônica*. Já na hipótese de nenhum dos interlocutores terem conhecimento da interceptação, há a chamada *interceptação em sentido estrito*.

O que importa salientar, dado o diverso tratamento jurídico conferido às *interceptações* (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros. Não desfigura a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo. Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores daquela feita com a anuência de um deles, pode-se reservar a denominação de *interceptação "strictu sensu"* à primeira, enquanto para a segunda se pode falar em escuta. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 196, grifo do autor).

A gravação incide, portanto, quando a captação é realizada por um dos interlocutores, independentemente do conhecimento da outra pessoa a quem a fala é dirigida. Não há a figura do terceiro, como ocorre na interceptação.

Caso o receptor tenha conhecimento que a gravação está sendo realizada, estamos tratando da gravação ambiental. Já no caso de desconhecimento do outro interlocutor, ocorrerá a chamada gravação clandestina.

Vê-se daí que existem várias modalidades de captação eletrônica da prova: a) *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, sem o consentimento dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiros, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a *interceptação* da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) *interceptação* da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a *gravação clandestina* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a *gravação clandestina* da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s). (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 196, grifo do autor).

Há, portanto, vários meios distintos de captação eletrônica de prova.

3.2 Disciplina do Direito Brasileiro

No âmbito nacional, a primeira Constituição a tratar expressamente das interceptações telefônicas foi a Constituição de 1967, que através da Emenda 1, de 17/10/1969 (AVOLIO, 2010, p. 158), passou a estabelecer a inviolabilidade das comunicações telefônicas e telegráficas praticamente de modo absoluto. A única exceção dizia respeito à hipótese de estado de sítio ou estado ou medidas de emergência (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 198).

Anteriormente, o tema não foi abordado por nenhuma outra Constituição. Na Constituição de 1946, por exemplo, entendia-se que elas integravam a garantia de inviolabilidade de correspondências, prevista no artigo 141, § 6º (GOMES; CERVINI, 1997, p. 86).

O Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído através da Lei 4.117/1962, anterior, portanto, à Constituição de 1969, em seu artigo 56, § 2º,⁴ previa a possibilidade de interceptação telefônica, desde que realizada pelos serviços fiscais das estações e postos oficiais.

Havia dúvida se tal possibilidade deveria ser encarada como inconstitucional, na medida em que afrontaria a Constituição Federal da época, posto que o texto constitucional estabelecia a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações de maneira basicamente absoluta.

A boa doutrina considerava que nenhum direito fundamental poderia ser considerado como absoluto e, por tal motivo, era possível a utilização de interceptações telefônicas, realizadas com base no Código Brasileiro de Telecomunicações (GRINOVER, et al., 2006, p. 1999).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a polêmica cessou-se, na medida em que a nova Constituição excepcionou expressamente a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. No entanto, polêmica diversa surgiu no âmbito doutrinário e jurisprudencial: a nova ordem constitucional recepcionou o Código Brasileiro de Telecomunicações? E ainda, as interceptações poderiam ser fundamentadas em tal diploma?

Tal fato se deu porque apesar da Constituição prever a possibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas, o fez através de uma norma constitucional de eficácia limitada, isto é, havia necessidade de lei regulamentadora da questão para que o direito fundamental da privacidade fosse restringido.

Prevaleceu o entendimento doutrinário e posteriormente jurisprudencial, que a interceptação telefônica baseada em tal ordenamento legal seria ilícita, pois o Código de Telecomunicações Brasileiras não foi recepcionado pela nova ordem constitucional e, além disso, não previa as hipóteses e requisitos onde as interceptações telefônicas fossem admitidas, conforme ensina Antonio Magalhães Gomes Filho. (1997, p. 124).

É possível afirmar, portanto, que a interceptação telefônica devidamente autorizada por juiz competente, realizada anteriormente à Constituição Federal de 1988 e com base no Código Brasileiro de Telecomunicações é considerada válida, na medida em que não existe direito fundamental absoluto.

Já a interceptação realizada após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda com fundamento no Código Brasileiro de Comunicações deve ser

⁴ Art. 56 Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, o resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. [...] § 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos poderão interceptar comunicação.

considerada ilícita, na medida em que esse diploma legal não foi recepcionado pela Constituição atualmente vigente e, além disso, tal diploma exigia a existência de legislação infraconstitucional específica disciplinando a matéria, conforme pontua Eduardo Luiz Cabette (2011, p. 15).

Posteriormente, com a elaboração da Lei 9.296/1996, lei esta que regulamenta a parte final do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal todo o dilema deixou de existir, na medida em que o vácuo legislativo foi devidamente suprido.

Isso não significa que atualmente não existe mais polêmica em torno das interceptações telefônicas, pois se assim fosse não haveria necessidade de dedicar o presente artigo ao tema. Ao contrário, as divergências doutrinárias atualmente dizem respeito a outras questões, que serão devidamente abordadas em momento oportuno.

Além disso, grande parte da doutrina critica a Lei 9.296/1996. Tal parcela doutrinária defende que a referida lei possui certos dispositivos inconstitucionais, como por exemplo, o parágrafo único do artigo 1º da lei supracitada, que amplia a abrangência da referida lei para a interceptação de dados por sistema de informática e telemática.⁶

Destarte, em que pese as inúmeras falhas encontradas na legislação infraconstitucional que atualmente trata do tema, é possível afirmar que o Direito Brasileiro passou por significativa evolução legislativa, tanto em matéria constitucional quanto no que diz respeito à legislação ordinária. Tal evolução foi extremamente benéfica para toda sociedade, pois garantiu a tutela de inúmeros direitos fundamentais.

3.3 Aspectos da Lei 9.296/1996

Serão pontuados, os aspectos constitucionais, processuais e materiais da referida lei, sendo que cada artigo será enquadrado no aspecto predominante, posto que muitos apresentam mais de um aspecto.⁷

3.3.1 Aspectos constitucionais da Lei 9.296/1996

O principal aspecto constitucional a ser citado sobre a lei que disciplina as interceptações telefônicas é o fato que tal diploma legal foi criado com o intuito de suprir uma lacuna legislativa que existia desde o advento da Constituição Federal de 1988.

⁵ Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a 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.

⁶ A inconstitucionalidade do referido dispositivo não é aceita pacificamente em âmbito doutrinário, conforme será abordado em tópico específico.

⁷ A divisão estabelecida é apenas de cunho didático, com o intuito de facilitar a exposição e compreensão do assunto.

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal estabelece como regra a inviolabilidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, com exceção destas, desde que autorizada por ordem judicial devidamente fundamentada, e na forma que a lei estabelecer.

Assim, o legislador brasileiro, após oito anos de omissão, editou a presente lei em comento para regulamentar tal matéria e dirimir as polêmicas em torno da matéria.

É certo que a privacidade⁸ é um direito fundamental, tutelado constitucionalmente. No entanto, tal direito não é absoluto⁹, sendo permitidas exceções pela própria Constituição Federal, conforme exposto acima. Destarte, em casos predeterminados pela legislação infraconstitucional, a invasão da esfera individual se tornará possível, na medida em que outros valores sociais considerados primordiais podem estar em confronto com àquela.

Apesar da importância que a Lei 9.296/1996 apresenta atualmente – é a única que disciplina a questão, permitindo, portanto, que as interceptações sejam realizadas – ela recebe inúmeras críticas doutrinárias, chegando inclusive a apresentar alguns aspectos inconstitucionais.

Desse modo, ainda no tópico concernente aos aspectos constitucionais, a *contrario sensu*, é possível ressaltar também os artigos que, conforme entendimento doutrinário, afrontam a Constituição Federal, sendo, portanto, considerados inconstitucionais.

O primeiro texto legal fortemente criticado pela doutrina é o parágrafo único do artigo 1º,¹⁰ que amplia a abrangência da referida lei para a interceptação de comunicações de sistema de telemática¹¹ e informática.¹²

Não é unânime o entendimento que o texto em comento é inconstitucional, havendo divergências doutrinárias.

Dentre os autores que defendem a inconstitucionalidade, é possível citar Rogério Greco Filho (2008, p. 17-18), Ada Pellegrini Grinover, et al. (2006, p. 204) e, Ricardo Melchior de Barros Rangel (2000, p. 64-65).

O principal argumento utilizado pela parte da doutrina que defende a inconstitucionalidade do artigo em comento é baseado em uma interpretação literal

⁸ Para José Afonso da Silva (2011, p. 206) o direito à privacidade compreende “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.

⁹ Não há nenhum direito fundamental absoluto, conforme ponderam Ada Pellegrini Grinover, et al. (2006, p.199).

¹⁰ Art. 1º A interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a 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.

¹¹ “A telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicações: é o caso da transmissão de dados informatizados via modem ou fac-símile”. (GRINOVER, et al., 2006, p. 204)

¹² “A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados”. (GRINOVER, et al., 2006, p. 204)

e gramatical do texto constitucional, bem como no fato que os direitos da intimidade e da vida privada são direitos fundamentais individuais e quaisquer restrições a eles só podem advir da própria Constituição Federal expressamente, não podendo, portanto, serem limitados através de lei ordinária.

Afirmam, ainda, que a redação do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal é ambígua, permitindo duas interpretações distintas. Através da primeira interpretação, é possível compreender que o sigilo é absoluto apenas no que tange à correspondência, na medida em que a expressão “último caso” diz respeito às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (CABETTE, 2011, p. 79).

De acordo com a segunda interpretação, mais restritiva, é possível compreender que a expressão “último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, sendo absoluto o sigilo de correspondência, de comunicações de dados e telegráficas (GRECO FILHO, 2008, p. 17).

Os autores que defendem a inconstitucionalidade filiam-se a segunda interpretação, mais restritiva, pois qualquer limitação a direito fundamental deve ser interpretada de maneira restrita.

Já aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo, possuem como principal argumento o fato que a evolução dos meios de comunicação não deixou de influenciar os atuantes do crime organizado, sendo que uma interpretação ampliativa do dispositivo constitucional seria a mais indicada e, além disso, não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, devendo estes serem restringidos quando contrapostos com outras garantias constitucionais.¹³

Outro ponto defendido por certa parte da doutrina é que a ampliação da possibilidade de interceptação de dados contribuiria para que a Lei 9.296/1996 acompanhasse a evolução dos meios de comunicação, não correndo o risco de ficar obsoleta e ultrapassada, deixando de ter aplicação prática relevante.

Em nosso entendimento, não somente o sigilo das comunicações de dados poderia ter sido tratado pela Lei n. 9.296/96 ou outra lei ordinária, em face da relatividade dos direitos e garantias. Seria desejável que houvesse tratamento legal, impondo os limites da proporcionalidade taxativa e expressamente, para quaisquer comunicações (telegráficas, correspondência epistolar ou de dados), evitando assim que a aplicação e determinação das situações de excepcional quebra de garantia fiquem ao simples alvedrio do juiz, gerando insegurança jurídica e desigualdade de tratamento em casos concretos por causa da lacuna legal. Não se deve temer o enfrentamento legislativo de temas polêmicos e que importam em grave meditação para delinear seus limites, pois que seu debate com edição de normas reguladoras somente contribui para a legalidade democrática,

¹³ Nesse aspecto, entra em cena novamente o princípio da proporcionalidade, princípio este que tem a capacidade de equilibrar valores inicialmente considerados como antagônicos.

extinguindo o arbítrio e a discricionariedade injustificados. (CABETTE, 2011, p. 217).

Também optam pela constitucionalidade grandes juristas como: Lenio Streck (2001, p. 46), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 176), Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 96), Leandro Cadenas Prado (2009, p. 51), Fernando Capez (2009, p. 530), Guilherme de Souza Nucci (2009b, p. 761).

Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 216), ao tratar sobre o tema, acredita que a Lei 9.296/1996 diz respeito somente às conversações telefônicas, não abrangendo a interceptação de dados. No entanto, tal autor ressalta que é possível tal interceptação, com fundamento no princípio da proporcionalidade, em casos considerados mais graves, devendo ser analisado o caso em concreto. Em suas palavras:

Partindo-se, assim, da interpretação dos signos linguísticos, em sentido amplo, vemos que a distinção que se pretende estabelecer a priori sobre o conteúdo das comunicações telefônicas não ultrapassa, nesse plano abstrato, as conversações telefônicas. É o que se lê. Não poderia a lei dizer mais do que compartilha o texto constitucional. Passando-se, contudo, à interpretação judicial no caso concreto, diante de um problema a ser resolvido, pode-se lançar mão do princípio da proporcionalidade, legitimando-se eventualmente – nos casos mais graves – a intrusão nos meios de comunicação diversos da conversa telefônica (2010, p. 216).

Por fim, convém ressaltar que esse dilema já foi levado ao Supremo Tribunal Federal, através da Adin n. 1.488-9-DF, intentada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que sustentava a inconstitucionalidade do referido artigo. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal não chegou a apreciar o mérito da demanda, tendo em vista que a ação foi extinta sem julgamento do mérito, posto que reconhecida a ilegitimidade ativa do requerente (GRECO FILHO, 2008, p. 13).

Outro dispositivo legal que, segundo parcela doutrinária, é considerado inconstitucional é o inciso III, do artigo 2º da Lei 9.296/1996,¹⁴ que estabelece não ser possível a ocorrência de interceptações telefônicas em crimes punidos com detenção,¹⁵ tendo em vista que a possibilidade de interceptação telefônica em todos os crimes punidos com reclusão (interpretação negativa) certamente fere o princípio constitucional da proporcionalidade e, conseqüentemente, a própria Constituição Federal. (GRINOVER, et al., 2006, p. 206-207).

Tal posição não é unívoca. Em sentido contrário, por exemplo, Vicente

¹⁴ Art. 2º Não será admitida a interceptação das comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...] III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

¹⁵ O artigo em comento será novamente abordado no tópico referente aos requisitos necessários para o deferimento da interceptação telefônica.

Greco Filho (2008, p. 23-24) diz que o referido dispositivo não é inconstitucional, apenas seu modo de aplicação pode vir a ser, caso não seja respeitado, na prática, o princípio da proporcionalidade.¹⁶

Também é fortemente criticado pela doutrina o caput do artigo 3º da Lei 9.296/1996,¹⁷ que estabelece a possibilidade que o magistrado, ex officio, determine a ocorrência de interceptações telefônicas, isto é, independente de requerimento das partes.

O referido artigo seria inconstitucional na medida em que fere o sistema acusatório e ainda, a própria imparcialidade do julgador, posto que este seria contaminado por ter contato com tal prova.

O contato do julgador com a atividade persecutória torna promíscua sua relação com os fatos. Compromete a neutralidade do juiz. E, sem um juiz neutro, toda a atividade jurisdicional estaria comprometida...

Assim, qualquer contato prévio do juiz com as diligências tomadas no inquérito policial, por comprometer seu envolvimento psicológico com os fatos, além de eticamente reprovável, é inconstitucional. (CABETTE, 2011, p. 106, grifo do autor).

Defendem veemente a inconstitucionalidade de tal dispositivo Luiz Flávio Gomes (1997, p. 199) e Lenio Luiz Streck (2001, p. 82), este diz que “a determinação de escuta telefônica ‘ex officio’ choca-se, a toda evidência, com o moderno processo penal acusatório, conquista do Estado Democrático de Direito”.

Posicionam-se, no entanto, pela constitucionalidade do artigo em comento, Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 238), Guilherme de Souza Nucci (2009b, p. 764) e Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos (2011, p. 47), o último afirma que:

Assim, interpretada a faculdade do art. 3º da Lei nº 9.296/1996 em conformidade com a Constituição Federal, depreendemos que o poder-dever do juiz em determinar as interceptações de ofício não importa em deslocamento de sua imparcialidade natural e muito menos em ato de investigação, mas tão somente de providência justificada na necessidade de preservação da prova e na busca da verdade sobre como os fatos realmente se deram. Nada há, assim, de inconstitucional nesse procedimento, na visão de vários autores. (VASCONCELOS, 2011, p. 47-48).

¹⁶ Adotam posição semelhante à de Vicente Greco Filho: Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 93) e Lenio Luiz Streck (2001, p. 55-57).

¹⁷ Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...].

Posição interessante adota o ilustre doutrinador João Roberto Parizatto. Para tal autor, a constitucionalidade do deferimento das interceptações de ofício pelo juiz está ligada ao momento que é deferida: durante a instrução processual ou fora dela, isto é, na investigação criminal.

A nosso ver, o juiz só poderá determinar ex officio a interceptação das comunicações telefônicas durante o curso da instrução processual, pois que no caso de investigação criminal, tal providência deverá ser requerida pela autoridade policial ou pelo órgão do Ministério Público, presumindo-se que o juiz não tem conhecimento das atividades policiais e se fosse necessária a comunicação da autoridade para que o juiz determinasse tal meio de prova, à evidência, caberia à própria autoridade requerê-la (PARIZATTO, 1996, p. 37, grifo do autor).

A hipótese mais adequada para solucionar o dilema seria a adoção de um sistema ideal, em que houvesse um juiz que atuasse exclusivamente na investigação criminal, ou seja, na fase de inquérito e também na fase antecedente a este (apreciando as questões cautelares), e outro que atuasse durante a instrução processual, bem como no julgamento da demanda, pois isso impediria a contaminação do magistrado.

No entanto, na prática tal sistema seria praticamente inviável, tendo em vista o alto custo necessário para efetivar o referido sistema, conforme pontua Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 107).

3.3.2 Aspectos processuais

Dentre os diversos aspectos da Lei 9.296/1996, sem sombras de dúvidas, os que mais se destacam são os aspectos processuais, na medida em que tal legislação estabelece, entre outros, hipóteses cabíveis e o procedimento das interceptações telefônicas.

As hipóteses em que são admitidas as interceptações telefônicas são estabelecidas, a contrario sensu, no artigo 2º da Lei 9.296/1996,¹⁸ pois a legislação infraconstitucional estabelece os casos em que ela não poderá ocorrer, ao invés de estabelecer as hipóteses taxativas em que ela seria possível.

A escolha de redação negativa de tal artigo é muito criticada pela doutrina, conforme pontua Vicente Greco Filho:¹⁹

¹⁸ 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 punida, no máximo, com pena de detenção.

¹⁹ Também criticam a redação do artigo 2º da Lei 9.296/1996 Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 226-227), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 178) e Raimundo Amorim de Castro (2010, p. 152).

O art. 2º da Lei n. 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação em vez e indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja regra, ao passo que na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção. (2008, p. 21).

Apesar disso, é possível concluir que a interceptação telefônica é medida cautelar, tendo em vista que os incisos I e II do presente artigo estabelecem a necessidade de estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (quando exige indícios razoáveis de autoria) e o *periculum in mora* (desde que não haja outros meios de prova), respectivamente, para a concessão da medida, conforme pontua Clever Rodolfo Carvalho de Vasconcelos (2011, p. 26).

Desse modo, é possível sintetizar como requisitos necessários para a interceptação telefônica: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal,²⁰ o fato da prova não puder ser produzida por outros meios – isso ressalta o caráter excepcional da medida – e, por fim, o fato do delito investigado ser punido com pena de reclusão (inciso III interpretado a *contrario sensu*).

No que diz respeito ao último requisito, previsto no inciso III, parte da doutrina critica-o, defendendo ser exagerada essa previsão no que tange aos delitos punidos com reclusão e ainda, nada impediria que esse meio de prova fosse utilizado em alguns delitos punidos com pena de detenção ou prisão simples, como ocorre nos crimes de ameaça e injúria ou na contravenção do jogo do bicho, respectivamente.

Ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil tanto em crimes de maior como de menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar as infrações em que a interceptação pode constituir valioso meio de investigação ou instrução processual. (GOMES FILHO, 2008, p. 97).

Seria mais indicado, portanto, que o legislador pré-indicasse em quais delitos a utilização da interceptação seria relevante, pois a descrição de hipóteses taxativas certamente seria mais segura, além de evitar que as interceptações se tornassem regra para os crimes punidos com reclusão e ainda, permitiria que ela fosse utilizada em hipóteses excepcionais nos crimes punidos com detenção ou nas contravenções penais punidas com prisão simples.

²⁰ Os indícios são definidos no artigo 239 do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”

Por fim, apenas para reforçar a excepcionalidade de tal meio de prova, convém citar a seguinte passagem doutrinária:

Não existe interceptação de “prospecção”, para se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime. A interceptação, de outra parte, é pós-delitual. A infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 180, grifo do autor).

Ainda no que diz respeito aos requisitos da interceptação telefônica, temos que o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.296/1996 estabelece a necessidade de descrição com clareza do objeto da investigação, bem como com a individualização dos investigados, salvo a impossibilidade de fazê-lo, devidamente justificada.

Tal questão traz uma grande polêmica consistente no encontro fortuito de fatos ou de outros envolvidos através da realização das interceptações telefônicas, isto é, na possibilidade de utilização da interceptação realizada em processo distinto, como prova emprestada, tendo em vista que tais fatos novos, ou até mesmo novos sujeitos, a princípio, não estariam descritos no objeto da investigação, bem como na utilização de interceptação telefônica oriunda de investigação criminal em processo de outra natureza, como por exemplo, em processo de natureza civil.

Para facilitar a compreensão, faz-se necessário dividir a questão em três pontos diferentes: encontro de novos fatos, encontro de novos agentes e, por fim, a utilização do material obtido através das interceptações telefônicas em processos que não possuam natureza penal.

Ressalte-se que a polêmica doutrinária é muito intensa sobre os três pontos, tendo em vista que a legislação infraconstitucional furtou-se de abordar a questão.

Primeiramente, no que tange ao encontro de novos fatos delituosos, temos que Luiz Flávio Gomes (1997, p. 194) defende a possibilidade, desde que o material encontrado tenha conexão e continência com o fato investigado, nos termos do artigo 76²¹ e 77²² do Código de Processo Penal, bem como o fato encontrado fortuitamente também admita a ocorrência das interceptações telefônicas.

O referido autor ainda defende que, caso não se caracterize a conexão e continência, o material encontrado poderá ser utilizado como *notitia criminis*,²³ que poderá servir de base a outras investigações, mas não como meio de prova (GOMES;

²¹ Art. 76 A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras.

²² Art. 77 A competência será determinada pela continência quando: I – duas ou mais pessoas foram acusadas pela mesma infração; II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

²³ Lenio Luiz Streck (2001, p. 130) adota a posição que o material encontrado serve apenas como *notitia criminis* e não como meio de prova, não sendo possível simplesmente ignorar os fatos encontrados, principalmente quando eles narrarem crimes graves.

CERVINI, 1997, p. 194-195).

Vicente Greco Filho também opta pela possibilidade, acrescentando o concurso de crimes à conexão e continência o concurso de crimes (2008, p. 38). Tal autor afirma que:

E seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimadamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou da conexão a partir do fato que a justificou. Toda investigação, como o próprio nome diz, envolve um certo grau de incerteza e de abrangência, incompatível com uma delimitação rigorosa de pessoas e fatos (2008, p. 38).

Ada Pellegrini Grinover, *et al.* (2006, p. 210) defendem a possibilidade da utilização dos fatos fortuitos encontrados, desde que o juiz paute-se pelo critério da possibilidade de deferimento de interceptação telefônica do novo delito, isto é, da gravidade do crime aliado à adoção do princípio da proporcionalidade.²⁴

No que tange ao encontro de novos sujeitos, tais autores aduzem que:

[...] A solução deve ser no sentido da admissão dos elementos obtidos, desde que ligados ao fato que está sendo investigado, até porque o mencionado parágrafo único do art. 2º admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 210).

Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 231) também opta pela possibilidade da utilização da interceptação telefônica na hipótese em comento, desde que os fatos estejam relacionados com o objeto inicial das interceptações.

Por fim, no que diz respeito à utilização da prova em processos de outra natureza, como no processo civil, doutrinadores como Vicente Greco Filho (2008, p. 38), por exemplo, defendem a impossibilidade, tendo em vista que seria uma burla indireta à Constituição Federal, que permite a possibilidade de interceptação telefônica apenas para fins de investigação criminal.²⁵

Adotam posição diversa, no entanto, Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 151), bem como Ada Pellegrini Grinover, *et al.*, (2006, p. 219):

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida sob a alegação de que estaria obliquamente

²⁴ Idêntica posição adota Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 102).

²⁵ Adota entendimento semelhante Luiz Flávio Gomes (1997, p. 118).

vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 219-220).

É preciso destacar, portanto, que tais autores sustentam a necessidade de identidade de partes e também a observância do contraditório para que a prova seja considerada válida e o dispositivo constitucional não seja violado.

Após vencer as hipóteses em que as interceptações telefônicas são admissíveis, passaremos a analisar o procedimento para a concretização de tal meio de prova.

O aspecto procedimental das interceptações telefônicas é disciplinado nos artigos 3º a 9º da Lei 9.296/1996, que tratam desde a legitimidade ativa, o modo de execução da medida, até a destruição do material inutilizado.

O artigo 3º²⁶ da legislação em comento estabelece tanto a possibilidade de determinação da medida *ex officio* pelo juiz (*caput*), como também a requerimento da autoridade policial (inciso I) ou do representante do Ministério Público (inciso II).

A possibilidade de determinação das interceptações telefônicas de *ofício* pelo magistrado já foi abordada no tópico 3.4.1 ao qual, para evitar repetições desnecessárias, nos reportamos por brevidade.

Os incisos do artigo terceiro conferem legitimidade ativa ao representante do Ministério Público, tanto durante a investigação criminal como também à instrução processual, bem como à autoridade policial, durante a investigação criminal.

Nesse ponto, convém apenas ressaltar, embora omissão legislativa, a necessidade de oitiva do Ministério Público quando o requerimento partir da autoridade policial, conforme pontua Lenio Luiz Streck (2001, p. 76). A ouvida do Ministério Público faz-se necessária posto que “a autorização de interceptação é uma invasão da esfera da privacidade do cidadão [...] deve haver a participação prévia do Ministério Público, cuja missão constitucional é justamente defender os direitos individuais e coletivos da sociedade.” (STRECK, 2001, p. 76).

A lei também é omissa do no que diz respeito à possibilidade do querelante, na ação penal privada, requerer a realização de interceptação telefônica. Prevalece o entendimento doutrinário que opta pela inclusão do querelante como legitimado ativo, através de uma interpretação analógica. Defendem tal posicionamento: Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 113), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 209), Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos (2011, p. 48).

Por fim, no que tange a legitimidade ativa, convém ressaltar a necessidade de inclusão da defesa para requerer a interceptação telefônica como meio de prova, desde que o pedido seja devidamente fundamentado. Seria uma verdadeira afronta

²⁶ 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.

ao princípio da igualdade, bem como da ampla defesa impedir que o acusado utilizasse o mencionado meio de prova nas hipóteses legais cabíveis, como também com base no princípio da proporcionalidade.²⁷

O artigo 4º da Lei 9.296/1996²⁸ estabelece os requisitos do pedido de interceptação telefônica, além dos demais já mencionados acima. São eles: demonstração da necessidade da medida e dos meios a serem empregados na execução.

Luiz Flávio Gomes diz que esses são os requisitos mínimos necessários, acrescentando a eles:

a) quais são os indícios de autoria ou participação; b) quais as provas que 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) (1997, p. 211).

O pedido tem extrema relevância, pois é ele que delimitará a decisão do magistrado, conforme pontua Luiz Fernando Torquato Avolio (2010, p. 241). A lei também permite que, apenas em hipóteses excepcionais, o pedido seja feito de maneira verbal, devendo-se demonstrar o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão da medida. Nesse caso, será reduzido a termo.

No que tange à decisão que defere a interceptação, temos que ela deve ser devidamente fundamentada, conforme determina o artigo 5º da Lei 9.296/1996²⁹ de maneira específica e ainda, o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal³⁰, sob pena de nulidade.

No caso específico das interceptações telefônicas temos que a fundamentação deverá ser bastante cuidadosa e abrangente. Não raramente

²⁷ Ressalte-se que tal possibilidade, assim como para a acusação, não deve ser encarada como uma hipótese corriqueira, mas apenas como medida excepcional, conforme determina a própria legislação ordinária a respeito e ensina Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 117).

²⁸ Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica contera a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregos. §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.

²⁹ 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 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

³⁰ Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

o juiz terá não somente de ater-se aos requisitos legais, mas também complementá-los devido às suas lacunas, fazendo um trabalho axiológico, sopesando aos valores e bens jurídicos em choque, para correta aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Hoje a fundamentação inexistente ou insuficiente não deve ser aferida simplesmente pela abordagem dos aspectos meramente formais (legais), principalmente quando se tratam de decisões que interferem em direitos e garantias constitucionais. (CABETTE, 2011, p. 128-129).

O artigo 5º da Lei 9.296/1996 ainda determina que a diligência poderá ter duração máxima de 15 dias, prazo este que pode ser renovado por igual tempo, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A polêmica doutrinária acerca do prazo da interceptação telefônica gira em torno da possibilidade ou não de tal prazo ser renovado por mais de uma vez. A redação do artigo em questão é ambígua, sendo que há controvérsias se a expressão “uma vez” diz respeito à quantidade de vezes que a medida pode ser renovada ou então, à necessidade de comprovação de indispensabilidade do meio de prova.

Prevalece o entendimento doutrinário³¹ que é possível a renovação da diligência quantas vezes for necessária, desde que preenchidos todos os requisitos e ainda esta mostrar-se indispensável.

Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos autos de Habeas Corpus nº HC 146021 / SP

2009/0169149-2, Dje 01/09/2011, através de sua Quinta Turma, também entende que a Lei 9.296/1996 não impôs limitações à quantidade de vezes que a interceptação telefônica possa ser renovada, desde que a decisão seja devidamente fundamentada.

Posição diversa adota João Roberto Parizatto (1996, p. 45), Raimundo Amorim de Castro (2010, p. 154) e Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 133), defendendo que o período máximo da interceptação telefônica seria de 30 dias (inicialmente 15 dias, renovados apenas uma vez por mais 15).

Os artigos 6º a 9º do diploma legal aqui estudado preveem o procedimento da interceptação telefônica, isto é, como a diligência deve ser realizada.

Os principais destaques dos artigos citados referem-se ao fato de a diligência ser conduzida pela autoridade policial,³² facultando ao Ministério Público o acompanhamento da mesma; a possibilidade de requisição de serviços técnicos e especializados às concessionárias de serviço público; a necessidade de autuação do material colhido durante a realização das interceptações telefônicas em apartado,

³¹ Defendem tal posicionamento: Vicente Greco Filho (2008, p. 30), Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos (2011, p. 63), Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 244), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p. 212), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 219), Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 765).

³² Por autoridade policial entende-se aquele que chefia os trabalhos da polícia judiciária, função que geralmente é desempenhada pelo Delegado de Polícia de carreira (CABETTE, 2011, p. 109).

com o fim de preservação do sigilo da diligência; e ainda, a determinação de extração³³ dos autos todo material que não for utilizado como meio de prova (através do incidente de inutilização).

Foram abordados os principais aspectos processuais da Lei 9.296/1996, aspectos estes responsáveis pelas maiores polêmicas que giram em torno do referido diploma legal.

3.3.3 Aspectos materiais da Lei 9.296/1996

Os aspectos materiais da Lei 9.296/1996 dizem respeito à existência de tipificação de determinadas condutas elencadas pelo legislador como crimes. Tais condutas são previstas no artigo 10 da Lei 9.296/1996.

O legislador foi muito feliz em prever tais condutas como crimes, na medida em que até então havia uma lacuna legal e toda interceptação realizada indevidamente era considerada fato atípico, não havendo qualquer tipo de responsabilização para os agentes. O Código Penal, em seu artigo 151, § 1º, inciso II,³⁴ punia apenas aquele que divulgasse ou transmitisse indevidamente o material interceptado e não aquele que era responsável por interceptar.³⁵

No que diz respeito à objetividade jurídica do referido artigo, Luiz Flávio Gomes ensina que “o bem jurídico primordial que o art. 10 da Lei 9.296/1996 visa a tutelar é, indiscutivelmente, o sigilo das comunicações. Mais precisamente a liberdade das comunicações, que está amparada, desde a Magna Carta – art. 5º, inc. XII -, pelo sigilo” (1997, p. 237).

Atualmente, o artigo 10, apesar de ser um delito de ação múltipla ou conteúdo variado,³⁶ pode ser desmembrado didaticamente em três partes, na medida em que prevê condutas distintas, todas consideradas como crime. A primeira delas consiste em interceptar comunicações telefônicas, de informática ou telemática sem autorização judicial, a segunda com objetivos diversos dos descritos em lei³⁷ e a terceira, quebrar segredo de Justiça.

Quanto ao sujeito ativo do delito, temos que na modalidade “interceptar” o sujeito ativo é comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, não existindo qualquer condição especial para tanto. Já a modalidade “quebra de sigilo”

³³ Ressalte-se que o desentranhamento deve ser requerido pelas partes e devidamente deferido pelo magistrado, posto que são as partes que utilizarão o material obtido como meio de prova e cabe a elas definirem aquilo que não terá serventia às mesmas.

³⁴ Art.151 Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: [...], §1º Na mesma pena incorre: [...] II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas; [...].

³⁵ A Lei 9.296/1996 não revogou as disposições previstas pelo artigo 151, § 1º, do Código Penal, que continua vigente e abarca as situações que envolvem transmissão e divulgação de gravações obtidas de maneira diversa da interceptação telefônica.

³⁶ Crime de ação múltipla é “aquele cujo tipo penal tem contêm várias modalidades de condutas, e, ainda, que seja praticada mais de uma, haverá somente um único crime” (BITENCOURT, 2010, p. 256).

³⁷ Para Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 254), o legislador equivocou-se ao estabelecer requisitos alternativos, isto é, prevendo duas condutas separadas, pois seria mais adequado que tais requisitos fossem cumulativos.

o sujeito ativo é próprio, posto que apenas pratica o crime aquele que tem o dever jurídico de preservar o sigilo das comunicações, conforme pontua Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 154-155).

O tipo objetivo da modalidade “interceptar” consiste em “captar, ter ciência, tomar conhecimento de comunicação alheia” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 242). É crime de forma livre, posto que pode ser praticado de inúmeras formas distintas, não prevendo a legislação o modo específico para a ocorrência. É preciso destacar, ainda, que a interceptação realizada com fins diversos dos previstos em lei possui elemento normativo do tipo, presente na expressão “com objetivos não autorizados em lei”.

Nesse caso, temos que a Constituição Federal de 1988 permite a ocorrência de interceptações telefônicas apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Qualquer finalidade diversa será considerada como conduta típica, devendo ser punida.

O tipo objetivo de “quebrar o segredo de justiça” é “infringir, violar ou transgredir o segredo imposto por lei, para tutela de bens relevantes.” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 244).

Em todas as modalidades o elemento subjetivo é o dolo, não havendo previsão da modalidade culposa. De igual modo, a tentativa também é possível em todas as hipóteses, sendo que na “quebra de sigilo” é possível através da forma escrita, por exemplo, conforme pontua Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 161).

No que diz respeito à consumação, para Vicente Greco Filho “o crime se consuma com a interceptação, ou seja, com a escuta realizada por terceiro da conversa entre outros interlocutores, qualquer que seja o meio técnico utilizado e independente da revelação da comunicação a outrem” (2008, p. 66).

E na “quebra de sigilo” “a infração se consuma com a revelação do conteúdo do procedimento de interceptação ou com a consciente concordância em que terceiro dele tome conhecimento” (GRECO FILHO, 2008, p. 68).

Por fim, a ação penal é pública, possuindo o Ministério Público a sua titularidade, conforme determina o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.³⁸

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrando-se a presente pesquisa, foi possível constatar que as interceptações telefônicas integram o rol de meios de provas que estão a favor do Estado para que este atue na persecução penal, conforme determina a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII.

A análise dos parâmetros constitucionais, processuais e materiais do instituto em comento demonstrou que o Estado necessita ter a sua disposição tal meio de prova, para utilizá-lo na sua atuação como meio de defesa social.

³⁸ Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...].

Conclui-se, portanto, que é perfeitamente possível a utilização desse meio de prova, desde que a mesma seja produzida de acordo com os princípios constitucionais, bem como com fundamento da legislação infraconstitucional atualmente vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal: apontamentos gerais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BIANCHINI, Alice; MOLINA; Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Fundamental: Introdução e Princípios Fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5. Ed. rev. atual São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.488-9 – Distrito Federal – DF. Relator Ministro Néri Silveira, Tribunal Pleno. Julgamento em 07/11/1996, Dje 26/11/1999.

_____. Agravo de Instrumento nº 560223 AgR – São Paulo – SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Julgamento em 12/04/2011.

_____. Recurso Extraordinário nº 402717 – Paraná – PR. Relator Ministro Cesar Peluso, 2ª Turma, Julgamento em 02/12/2008.

_____. Questão de Ordem nº 3683 QO – Minas Gerais, Relator Ministro Cesar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2008.

_____. Questão de Ordem nº 2424 QO – Rio de Janeiro, Relator Ministro Cesar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento em 25/04/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 146021, Autos nº 2009/0169149-2, HC – São Paulo. RELATOR., 5ª Turma, Dje 01/09/2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francisco. *As misérias do processo penal*. Tradução: Isabela Cristina Sierra. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KERR, Vera Kaiser Sanches. *A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no processo penal: um estudo comparado*. Saraiva: 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MALATESTA, Nicola Flamarino. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Traduzido por Paolo Capitanio. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO N° 19 P. 27 – 63 2013

- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2009.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Tradução por Antonio Martins. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PANTALEÃO, Leonardo. *Interceptações Telefônicas e a Tutela da Cidadania: à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24.07.96: Interceptações das Comunicações Telefônicas – Doutrina, Legislação e Prática Forense – Aspectos Constitucionais e Legais*. Leme: Editora de Direito, 1996.
- PRADO, Leandro Cadenas. *Provas Ilícitas: Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução por Pietro Nassetti. São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUZA NETO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: Criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência: A lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo Penal*. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000a.

_____. *Processo Penal*. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000b.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *A prova no processo penal*. 2ª ed. Santo André: Ledix, 2005.

