

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE TELEPHONE INTERCEPTION AND ITS IMPORTANCE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

HUGO RIBEIRO DOS SANTOS¹
HELDER LINCOLN CALAÇA²

RESUMO

A proposta do artigo é analisar a importância da interceptação telefônica no direito processual brasileiro. A lei federal nº 9.296/96 formaliza o procedimento necessário para que o direito à inviolabilidade das comunicações seja relativizado para atender as demandas de provas e meios de obtenção de provas no processo penal brasileiro. O presente artigo discorre sobre princípios constitucionais penais que permitem a existência deste instituto, além de analisar minuciosamente os requisitos legais para a autorização da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas de um indivíduo. Ademais, algumas outras problemáticas doutrinárias serão abordadas e jurisprudência sobre a temática será exposta e analisada para corroborar o posicionamento da pesquisa em tela.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais. Processo Penal. Interceptação Telefônica. Lei nº 9.296. Brasil.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the importance of telephone interception in Brazilian procedural law. The Federal Law nº 9,296 / 96 formalizes the procedure necessary for the right to inviolability of communications to be relativized to meet the demands of evidence and means of obtaining evidence in Brazilian criminal proceedings. This article discusses the constitutional principles of criminal law that allow the existence of this institute, in addition to carefully analyzing the legal requirements for authorizing the interception of telephone and telematic communications of an individual. In addition, some other doctrinal problems will be addressed and jurisprudence on the subject will be exposed and analyzed to corroborate the positioning of the research under study.

KEYWORDS: Constitutional Principles. Criminal Proceedings. Telephone Interception. Law nº 9.296. Brazil.

INTRODUÇÃO

O processo penal em um Estado Democrático de Direito como o Brasil é um mecanismo essencial para a aplicação da lei penal e a manutenção da ordem e da segurança dos cidadãos. Contudo, é uma via de mão dupla, ao passo que é necessário respeito a direitos e garantias constitucionais do cidadão para que o processo penal não se torne um instrumento de abuso e perseguição ao cidadão.

¹ Estudante do curso de Direito da Faculdade Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. Email: hugo011ribeiro@hotmail.com.

² Professor da Faculdade de Direito Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: helder.calaca@faculdaderaizes.edu.br.

Deste modo, analisaremos a Lei nº 9.296/96 que normatiza a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas no Brasil e o artigo 5º, inciso XII da CFRB/88 que estabelece o direito constitucional à inviolabilidade das referidas comunicações, e traz a ressalva de possibilidade de relativização desse direito com base em lei de cunho penal para aplicação em inquérito e instrução processual, como é o caso da lei supracitada.

Ademais, são diversos temas inerentes ao direito que flutuam na vasta gama de abrangência do tema do presente artigo. Dentre eles, princípios constitucionais no processo penal, meios de provas e obtenção de prova, nulidades, embates doutrinários, jurisprudência das cortes superiores. Tais elementos compõe o artigo de modo a tornar sólida toda argumentação trazida à discussão.

Quais são os limites da interceptação telefônica? Quais os requisitos para a sua autorização? É um abuso ao direito do cidadão ou é um instrumento importante para a apuração de infrações penais? A lei é bem construída? A inobservância gera reflexos apenas processuais ou até mesmo penais? Essas e outras problemáticas serão abordadas e resolvidas a seguir em três etapas de desenvolvimento textual.

1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A necessidade de estudar os princípios norteadores do processo penal no Brasil se justifica pela importância e pelo impacto que apenas o início da persecução criminal pode ensejar na vida de um indivíduo. As consequências de natureza penal podem acabar gerando reflexos extremamente negativos no contexto social onde um cidadão está inserido. Assim sendo, princípios são estabelecidos com o escopo de limitar o poder de atuação do Estado frente o cidadão, agindo como uma garantia de atuação nos limites estabelecidos.

O princípio da legalidade tem previsão expressa em na nossa Carta Magna. O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, traz a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em resumo, podemos afirmar que o princípio da legalidade é essencialmente uma garantia constitucional que é muito bem recepcionada em matéria penal e processual penal.

Na ótica penal e processual penal, o princípio da legalidade encontra guarida também em outro dispositivo constitucional. O art. 5º, inciso XXXIX da CFRB/88 traz em seu texto legal o seguinte mandamento: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia

cominação legal”. Vislumbra-se o caráter de garantia contra arbitrariedades do Estado em face de seus cidadãos.

Grande nome moderno da processualista penal brasileira, Rogério Greco, citando o renomado constitucionalista Paulo Bonavides, ensina que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (2014, p. 104).

O ilustre jurista e doutrinador Nilo Batista, leciona que o princípio da legalidade é “por um lado a resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem”. (2004, p.65). Em suma, entende-se que o princípio da legalidade é o princípio basilar de uma verdadeira República Democrática de Direito, exigindo a existência de lei para qualquer coação estatal.

A Constituição Federal de 1988 dita no artigo 5º, inciso LV que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Tal dispositivo consagra no ordenamento pátrio o princípio que garante o direito ao contraditório em processos administrativos e em âmbito judicial.

Porém, existem ocasiões em que o contraditório (acusação e defesa, prova e contraprova) não pode ser assegurado sumariamente, tendo sua aplicação diferenciada. Isto ocorre, por exemplo, com o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, regulamentado pela Lei Federal nº. 9.296/96, caso em que não é viável em nenhuma hipótese anunciar antecipadamente ao investigado a existência da diligência de escuta judicialmente autorizada, para não haver risco de total insucesso da investigação criminal.

Quanto ao contraditório, PEREIRA E SILVA (2012, p. 270) ensina que:

“o princípio do contraditório exige a garantia de participação em simétrica paridade. Esse conceito já abrange o princípio da paridade de armas (*par conditio*), que não se limita a entender o contraditório como garantia de participação, exigindo que ambas as partes tenham oportunidade de agir no processo com equilibrada intensidade e extensão. Em suma, para garantir o contraditório é necessário o direito à participação, incluindo a adequada informação e reação às alegações adversas aos seus pleitos, bem como o cuidado para que essas manifestações se concretizem em paridade simétrica”.

Julio Fabrini Mirabete (2006, p.24) expõe ainda que o princípio do contraditório provem da igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre acusador e acusado, se encontrando num mesmo plano, e a liberdade processual, que em suma é a faculdade que tem o acusado de constituir o advogado que bem entender, de ofertar as provas que lhe mostrarem conveniência.

O princípio do contraditório é um dos mecanismos que inviabilizam um processo penal necessariamente inquisitório, ao possibilitar ao acusado o momento do contra-argumento, da oferta de provas e etc. Tal princípio torna o processo penal em um república democrática de direito, um mecanismo idôneo de aplicação e execução do “*Ius Puniendi*”. Evita que o Estado pune ao seu bel entendimento, e oferta ao acusado voz no devido processo legal.

A Ampla Defesa é princípio umbilicalmente ligado ao contraditório e proveniente do devido processo legal. Tal princípio é a oferta por parte do Estado da possibilidade do acusado de defender-se de forma ampla, utilizando-se todos os meios de prova admissíveis na defesa do acusado. Tal defesa que não consiste somente na defesa técnica e produção de provas, mas também na autodefesa e na produção de uma defesa efetiva.

Endossando o parágrafo anterior Igor Luis Pereira e Silva (2012, p.270) leciona que:

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente.

No processo penal, além da liberdade que é um direito essencial para o gozo de uma vida digna, podem estar sob ataque outros direitos, como por exemplo o direito à propriedade, o direito à imagem, o direito a honra tanto subjetiva quanto objetiva. Neste prisma o acusado dever ter o direito de defender-se "com todos os meios e recursos inerentes". (MARQUES, Frederico, 2012, p 214.)

O exercício da defesa no processo penal pode ser técnica, quando realizada por meio de advogado devidamente inscrito na OAB, ou pessoal. Na defesa pessoal, o réu comandaria a proteção de seus próprios direito dentro do processo que lhe é movido. Apesar de previsão em tratados internacionais, a defesa pessoal no sistema penal do Brasil, só é vista no momento do interrogatório. No Brasil a regra é a imprescindibilidade de defesa técnica como prevê o artigo 261 do CPP. (GRECO, 2014, p.85) Por fim, cabe ressaltar que a defesa pessoal, portanto, é hipótese de defesa oral e deve ser considerada pelo magistrado na prolação da sentença.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ – em recurso ordinario em habeas corpus (rhc 12757 ba 2002/0053367-6), firmou o entendimento sobre o princípio da verdade real, que sua busca “constitui princípio que rege o Direito Processual Penal. A produção de provas, porque

constitui garantia constitucional, pode ser determinada, inclusive pelo Juiz, de ofício, quando julgar necessário".

A importância da verdade real se dá pelo fato de que pelo que já estudamos na presente pesquisa, a finalidade do processo penal é a apuração da veracidade dos fatos alegados e por consequência a condenação ou absolvição do acusado à luz da verdade obtida através do devido processo legal e de princípios tão importantes como o contraditório e a ampla defesa.

Sobre a importância da busca incessante pela verdade real, a jurista Tereza Nascimento Rocha Doró (1999, p.129) ensina que:

Diferentemente do que ocorre no Cível, onde o princípio da verdade formal faz com que a revelia ou confissão gerem presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, com a consequente condenação do réu, sem se procurar saber se é realmente culpado ou não, no processo penal, por determinação legal, o juiz tem de investigar, perseguindo a verdade real e procurando saber como os fatos realmente aconteceram, sem se contentar apenas com os elementos constantes dos autos, para poder decidir.

Todavia, o princípio da verdade real não tem caráter absoluto. Isto ocorre porque existem situações que constituirão ressalvas na busca pela verdade real. Provas obtidas por meios ilícitos, depoimentos de testemunhas que só saibam do fato por ocasião de sigilo profissional, função ou ministério, depoimentos de menores de quatorze anos, doentes e deficientes mentais, são situações em que as informações obtidas não poderão ser consideradas no processo. Deste modo, a doutrina tece críticas e argumenta que a busca pela verdade real é na verdade a busca pela verdade processual.

2. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O princípio da verdade real é vital para que possamos entender a prova na perspectiva processual penal vigente, e sua influência na formação do veredicto pelo magistrado ao final da persecução penal. Isto ocorre, porque conforme ensina Tereza Nascimento Rocha Doró (1999, p.129), diferente do processo civil, no processo penal a lei não se contenta com a verdade formal. Neste último, o juiz deve perseguir a verdade real, buscando saber se os fatos narrados realmente aconteceram. Não se contentando com as alegações dos autos para formar sua convicção. Daí, a importância do estudo da prova em sede de persecução criminal.

O código de processo penal no artigo 155, dita que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. A normal legal

traz ainda a ressalva das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, como aquelas colhidas na investigação policial e que podem dar fundamento a decisão judicial. Mas o que é prova?

Nucci (2017, p.313), ao conceituar o termo prova, ensina que “origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.”. Ainda acrescenta o autor que do termo prova deriva o verbo provar, que significa persuadir alguém a alguma coisa, estar satisfeito com algo ou demonstrar.

Renato Brasileiro de Lima (2017, p.583), leciona que “em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real.”. Ademais, em consonância com Guilherme de Souza Nucci, salienta que a palavra prova possui três sentidos ou acepções, sendo então o próximo passo para a melhor compreensão do termo, a análise de cada uma delas.

Em primeiro lugar, temos a prova como atividade probatória. Nesta perspectiva, prova “consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento.”. (DINAMARCO. 2001, p.43). Tendo em vista esta acepção, o conceito de prova se daria como “a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação. sobre um fato que interesse à solução da causa.”, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima. (2017, p.583)

Em segundo lugar, a prova com resultado. Neste prisma, temos que “caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador, no curso do processo quanto à existência {ou não} de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes”. DE LIMA (2017, p.584). Em suma, por mais que não seja possível chegar a conclusão de uma verdade absoluta e indiscutível, pode-se obter elementos probatórios suficientes para que haja um grau seguro de certeza para a prolação de uma sentença.

Em terceiro lugar, temos a prova como meio. Nesta acepção, a prova é entendida como mecanismo de aferição da realidade alegada no processo. Em suma, são os instrumentos legais dentro do processo que as partes podem se valer para dar razão à seus argumentos. Temos por exemplo: o depoimento pessoal (Art. 342 a 347 CPP), a exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363 CPP), a prova documental (Art. 364 a 399 CPP), a confissão (Art. 348 a 354 CPP), a prova testemunhal (Art. 400 a 419 CPP), a inspeção judicial (Art. 440 a 443 CPP) e a prova pericial (Art. 420 a 439 CPP).

A produção de provas no processo penal só esbarra na vedação a provas que disserem respeito ao estado das pessoas. Isto, porque o parágrafo único traz expressa previsão de acatamento a o que a lei civil expõe nestes casos. Por exemplo, no artigo 217-A do código penal (estupro de vulnerável), a prova da idade de menor de 14 anos se dá pelo registro civil. No crime

de bigamia, artigo 235 CP, a prova de casamento anterior válido e a cumulação exigida no tipo penal, se dá pela lei civil.

O exímio doutrinador processual penal, Guilherme de Souza Nucci, apesar de inverter a ordem de explanação, resume estes três sentidos de prova e dá a seguinte lição (2017, p.329):

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex. fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.:prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Por tanto, é o clímax do processo.

Por fim, ressalta-se que os elementos de informação, via de regra não são considerados provas. Isto, porque os elementos de prova são conforme Renato Brasileiro de Lima (2017, p.584): “aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes.”. Ainda conforme os ditames do supracitado doutrinador: “em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que, nesse momento, ainda não há falar em acusados em geral, na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.”.

De acordo com esse posicionamento, podemos concluir que por não serem produzidos sob o crivo constitucional do direito ao contraditório, os elementos de informação não podem constituir fundamento de uma sentença condenatória. Este entendimento tem prevalecido nos Tribunais Pátrios, em obediência ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da CFRB/88.

No que tange ao campo da finalidade da prova, tenhamos em mente o seguinte conceito, vejamos:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. (DE LIMA, 2017, p.588)

Ademais, outro importante conceito é descrito a seguir:

A finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível (probable truth, do direito anglo- americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão.”. (NUCCI, 2017, p.316)

Tendo em vista os conceitos de Nucci e Renato Brasileiro de Lima, podemos entender que a finalidade da prova no processo penal é dar ao magistrado elementos de convicção capazes de tornar a sentença condizente com a realidade processual sobre os fatos. Primando pela busca

da elucidação dos fatos de modo idôneo afastando a dúvida razoável e motivando o livre convencimento do juiz.

Quanto ao objeto das provas, temos a seguinte lição:

O objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a par te deve fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como no que toca a estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Provam-se, ainda, regras de experiência, por que, na essência, são fatos reiterados. (NUCCI, 2017, p.316)

Todavia, ousamos discordar. Não é possível que em sede de processo penal seja possível alcançar a reconstrução plena dos fatos. Assim, o objeto da prova não se concentra nos fatos, mas sim nas alegações sobre eles. Tal afirmação é corroborada pelas lições de Renato Brasileiro de Lima (2017, p.594), que ensina que se tratando especificamente em âmbito processual penal, a veracidade ou não do que é narrado na peça acusatória é onde realmente recai a atividade probatória.

A primeira parte do artigo 156 do código de processo penal elenca o que chamamos de “ônus da prova”. O texto legal dita que a prova da alegação será de incumbência de quem a fizer. Mas afinal, o ônus da prova na persecução criminal é inerente à acusação ou à defesa? Para sanar tal dúvida, cuidamos de brevemente apresentar duas correntes doutrinárias que vigoram no direito brasileiro.

A corrente predominante ensina que o ônus da prova é partilhado entre a acusação e a defesa. À acusação cabe o ônus de demonstrar a existência do fato típico; a autoria ou participação, a relação de causalidade; e o elemento subjetivo do agente: dolo ou culpa. No que tange à defesa, deverá provar as hipóteses de absolvição sumária do artigo 397 do CPP, ou seja, a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; que o fato narrado evidentemente não constitui crime; extinta a punibilidade do agente.

Com a devida vênia, nos parece mais acertada a posição da corrente minoritária. O ônus da prova é exclusivo da acusação. Tal corrente se baseia no princípio do *in dubio pro reo*, o réu não pode ser prejudicado pela ocorrência de dúvida sobre fato que tenha relevância para a formação do convencimento do magistrado.

Renato Brasileiro de Lima (2017, p.611), em suas lições de direito processual penal, dita que na vigência do princípio constitucional da presunção de inocência, não é compatível que seja atribuído ônus de provar ao acusado. Por exemplo, se o acusado alegar alguma excludente de ilicitude, cabe à acusação provar que a suposta conduta é típica, ilícita e o agente culpável.

Entendimento que mesmo minoritário demonstrar maior compatibilidade com os princípios processuais penais pátrios.

The fruits of the poisonous tree, é uma teoria do direito norte americano, criada na década de 20, (PACELLI. 2017, p.214) e que em suma ensina que mesmo a prova seja supostamente lícita, se foi obtida de modo ilícito deverá ser igualmente considerada ilícita. É o que a doutrina processual penal brasileira também denomina de prova ilícita por derivação.

A teoria dos frutos da árvore envenenada é importante se tratando do tema abordado no presente artigo, a saber, a lei de interceptação das comunicações telefônicas. Isto, porque a lei 9.296/96 elenca uma série de requisitos que serão abordados em tópico próprio e que ensejam a nulidade/inadmissibilidade da prova produzida em face do não cumprimento de observação do texto legal.

Deste modo convergem ao nosso entendimento as palavras de Eugênio Pacelli (2017, p.214): “A teoria *The fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.”.

As alterações no código de processo penal, advindas da lei nº 11.690/2008, trouxeram importantes mudanças, especialmente na parte referente às provas. Tais alterações trataram de consolidar o entendimento jurisprudencial da aplicação desta teoria ao texto de lei. O §1º do artigo 157 traz não somente a normatização da teoria em estudo, mas também de restrições quanto à sua aplicação.

Ao ditar que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”. O código de processo penal exclui a ilicitude da prova perante a inexistência de nexo causal e também do que a doutrina denomina de teoria da descoberta inevitável, ou seja, puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Na Jurisprudência Pátria, o Supremo Tribunal Federal no informativo nº35, desde antes a vigência da Lei de Interceptação das comunicações telefônicas, já adota a teoria dos frutos da árvore envenenada, vejamos:

Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz - prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”) -, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, par.

único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente - ao qual se chegara exclusivamente em razão da escuta - , confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria "contaminado" pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita - no caso, a escuta - deveria ser desprezada. Precedentes citados: AHC 69912-RS (DJ de 26.11.93), HC 73351-SP (Pleno, 09.05.96; v. Informativo nº 30). HC 72.588-PB, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.06.96.

Após a vigência da lei nº 9.296/96, que será detalhadamente apresentada na próxima parte do presente artigo, a Excelsa Corte continuou acatando a teoria supracitada por entender sua compatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro. O Ministro Celso de Mello, firma o seguinte entendimento:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007).

No Recurso Especial Nº 1.630.097 - RJ (2016/0260240-6), a quinta turma do STJ consagrou sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, o entendimento com o Ministro Joel Ilan Paciornik, que ela está “consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.”.

3. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na primeira parte do artigo em tela, estudamos os princípios norteadores do direito penal e processual penal contidos na Carta Magna vigente e nas legislações ordinária e complementar. Tais princípios como a legalidade, ampla defesa, verdade real, contraditório, são essenciais para a plena configuração de um Estado Democrático de Direito. Grosso modo, a interceptação

telefônica parece ferir direitos e garantias fundamentais do cidadão, invadindo sua privacidade e transportando à persecução penal elementos da vida particular do cidadão. Mas é só aparência, pois já é instituto que tem imediato amparo por previsão constitucional, vejamos.

A Constituição Federal de 1988 elenca no artigo 5º, inciso XII que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Porém, o texto constitucional traz a ressalva que pode haver quebra desses sigilos, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

A leitura apressada do texto constitucional pode ensejar dúvidas quanto ao alcance da quebra de sigilo que não seja de comunicações telefônicas por usar o termo “salvo no último caso”. Porém, o ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2017, p.733) encerra qualquer tipo de dúvida ao ensinar que:

Essa linha de interpretação, todavia, vai de encontro ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial sedimentado no direito pátrio e no direito alienígena de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam não são dotados de caráter absoluto. Na verdade, não há falar em direito fundamental absoluto. Todos os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação quando entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais, preponderando aquele de maior relevância.

Deste modo, em resposta à exceção constitucional, no ano de 1996 a lei nº 9.296 trouxe a regulamentação da parte final do inciso XII do artigo 5º da CFRB/88. A supracitada lei trata de estabelecer disposições que deverão ser observadas para a concessão de autorização de procedimentos de interceptação telefônica em sede de investigação criminal ou instrução processual penal, sempre dependendo de ordem judicial.

Porém, antes de destrinchar a lei de interceptação de comunicações telefônicas e de observar sua aplicação prática em análise jurisprudencial e doutrinária, faz-se necessária a conceituação de alguns termos que *a priori* podem trazer confusão e equívocos, por exemplo, a diferenciação dos termos interceptação, escuta gravação, entre outros.

O dicionário Houaiss de língua portuguesa (2009, p.1096) define o termo interceptar, como “interromper o curso de, fazer parar, deter, captar ou apreender aquilo que é dirigido a outrem”. A definição supracitada, porém, é a definição em sentido estrito e não elucida o entendimento que a lei deseja transparecer. Diante deste fato, Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 561) ensina que “Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheita de informes.”.

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci (2017, p.564) temos também a conceituação da interceptação telefônica, suas formas e problemáticas de acordo com o posicionamento doutrinário do autor, vejamos:

A interceptação pode dar-se das seguintes formas: a) interceptação telefônica: alguém invade, por aparelhos próprios, a conversa mantida, via telefone, entre duas ou mais pessoas, captando dados, que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos; b) interceptação ambiental: alguém capta a conversa mantida entre duas ou mais pessoas, fora do telefone, em qualquer recinto, privado ou público. A primeira delas é regulada por esta Lei e pode configurar crime, se não for observada a forma legal para ser realizada. A segunda não encontra previsão legal, portanto, delito não é. Pode-se discutir se constitui ou não um meio de prova – caso seja gravada para fim de utilização em processo – lícito ou ilícito. Antecipamos, desde logo, que a interceptação ambiental deve ser inserida em três diferentes cenários: a) captação de conversa alheia mantida em lugar público: não nos parece ser prova ilícita, pois, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza de que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam recolher-se a lugar privado; b) captação de conversa mantida em lugar privado (ex.: em um domicílio): constitui invasão de privacidade, pois não está autorizado, judicialmente, o ingresso em casa alheia, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada (art. 5.º, XI, CF), motivo pelo qual a colheita de dados resultante de conversa mantida dentro do domicílio alheio é prova ilícita. Ressalva: se o interceptador tiver um mandado de busca para realizar-se em determinado domicílio, pensamos poder captar e gravar (se quiser) a conversa alheia nesse lugar mantida; c) captação de conversa mantida em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores: constitui invasão de privacidade, pois o interceptador não pode imiscuir-se em segredo de terceiros, sem permissão legal. Consultar, ainda, a Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça (alterada pela Resolução 84/2009), disciplinando o procedimento para a interceptação telefônica.

Em que pese o renome de Nucci e o peso de sua doutrina, temos ainda a necessidade da apresentação de conceitos importantes em sede de interceptação telefônica, não somente o próprio termo, mas também demais termos que dela derivam, como a gravação ambiental, a escuta e etc. E para tanto, entendemos que a doutrina mais aceita e recomendável seja a de Renato Brasileiro de Lima, sendo amplamente aceita pelos tribunais e cortes superiores do Brasil.

Deste modo, passamos a conceituar e entender a interceptação telefônica como procedimento que “consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores” (DE LIMA, 2017, p.736). Da conceituação extrai-se que as partes envolvidas na comunicação via telefone não são condescendentes quanto a ato realizado por terceiro (s). Importante entender este fator essencial que diferencia a interceptação telefônica em sentido estrito das demais modalidades de captação ou gravação.

A escuta telefônica de outro modo, “é a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro”. (LIMA, 2017, p.737). Afirma o autor supracitado que na escuta, um dos comunicadores tem ciência da intromissão externa na comunicação. É o que ocorre, quando familiares de pessoa sequestrada, vítimas de estelionato, ou “ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do

telefone, em sua vida privada, autoriza que um terceiro leve adiante a interceptação telefônica;” (DE LIMA, 2017, p.737).

Renomada parte da doutrina processual pátria considera que o art. 1º da Lei nº 9.296/96 abarca tanto a interceptação telefônica quanto a escuta telefônica. Tal fato se dá porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia, como ensina Renato Brasileiro de Lima (2017, p.737). Não restando abrangidas pelo regime jurídico da Lei de interceptação, conseqüentemente, a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental.

Outro termo importante e cotidiano na vida forense é a gravação telefônica ou gravação clandestina, que nada mais é que “a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, ou seja, trata-se de uma autogravação (ou gravação da própria comunicação). Normalmente é feita sem o conhecimento do outro comunicador, daí falar-se em gravação clandestina;” (DE LIMA, 2017, p.738). Difere-se da escuta, principalmente pelo fato da captação ser gravada por um dos comunicadores, inexistindo captação externa.

A peculiaridade desta modalidade, é que apesar de não abarcada pela Lei nº 9.296/96, a jurisprudência tem acatado a licitude da prova quando é fundada em justa causa, como por exemplo, em crimes de extorsão e sequestro. Sendo desnecessária, portanto a autorização judicial. No Superior Tribunal de Justiça, a ementa do HC 94.945 traz que: “A gravação telefônica feita por um dos interlocutores e sem ordem judicial nada tem de ilícita e pode ser utilizada como prova em processo.”. No Supremo Tribunal Federal, temos jurisprudência afirmando a licitude da gravação com justa causa como meio de prova. Conforme o RE 402.717:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

Existem ainda termos que se referem a captação de áudios fora do contexto telefônico, em contexto ambiental, portanto, não abarcados pela lei de interceptação telefônica em estudo. Apesar de não estarem diretamente ligados ao tema, é de extrema importância a título de conhecimento científico e acadêmico expô-las e conceitua-las nesta parte do artigo.

A comunicação ambiental, nos ditames do ilustre doutrinador de processo penal, o professor Renato Brasileiro de Lima (2017, p.737), é aquela na qual as comunicações entre as

partes são feitas diretamente no meio ambiente, não tendo deste modo, nem transmissão nem recepção por meios físicos ou artificiais, como fios elétricos e cabos óticos.

Já o conceito de interceptação ambiental deve ser entendido como a captação por meios ilícitos ou ardilosos no ambiente de comunicação, porém, sem o conhecimento do fato pelos comunicadores. Para Renato Brasileiro (2017, p.737), substancialmente não há diferença alguma entre esta modalidade de interceptação para a interceptação telefônica, em sentido estrito, por ambas violarem o direito à intimidade. A diferença reside na comunicação não ser telefônica.

Guilherme de Souza Nucci (2017, p.565) complementa o raciocínio do supracitado autor, ao ensinar que no caso da interceptação ambiental não há previsão legal, portanto, nem ao menos pode ser considerada um delito, todavia, há discussão quanto a sua aceitação ou não como meio de prova caso a finalidade da gravação seja para utilização em processo.

Nucci (2017, p.565) também leciona que a interceptação ambiental deve ser inserida em três cenários, a saber: captação da conversa alheia se passar em local público; captação da comunicação se der em local privado; por fim, captação da conversa alheia em local público, porém, em caráter sigiloso. O referido autor ressalta que em regra, enxerga apenas na primeira hipótese a licitude da prova colhida. E como exceção, entende que havendo na segunda hipótese mandado de busca, o interceptador pode captar ou gravar a conversa alheia mantida no local.

A escuta ambiental, diferencia-se da interceptação ambiental, pelo fato da captação ser realizada por terceiro, mas com o consentimento de um daqueles que estão em comunicação. E por fim, temos a gravação ambiental, que é aquela decorrente da captação ambiental realizada por um dos comunicadores, sem a interferência de terceiros. (DE LIMA, 2017, p.737).

A lei nº 9.296/96 regulamenta a exceção estabelecida na Constituição Federal contida no inciso XII do artigo 5º, permitindo mediante a presença de requisitos legais a violação ao direito de sigilo telefônico. Ademais, a lei de interceptação telefônica como é comumente conhecida, é uma lei elogiada por ser de fácil compreensão, graças a uma redação objetiva, clara e progressiva. Deste modo, tornam-se cristalinos os requisitos para sua aplicação, sendo estes:

a) **COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAÇÃO E COMPETÊNCIA MATERIAL:** Sumariamente, precisamos salientar que já no artigo 1º da lei em tela, o legislador limita sua aplicação a produção de provas em investigações criminais e nas instruções processuais penais. E dependerá de ordem do juiz a qual compete a ação principal, sob sigilo de justiça. Aplicando-se também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática

b) **COMPETÊNCIA PARA REQUISICÃO:** O artigo 3º da lei 9.296/96, dita que o mesmo juiz que deve autorizar a interceptação telefônica, também pode requerê-la de ofício. Nos casos de requerimento, a autoridade policial será competente em âmbito de investigação

criminal, e o Ministério Público tanto em investigação criminal como na instrução processual penal.

c) IMPRESCIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO PARA APURAÇÃO DA INFRAÇÃO: O pedido deverá conter a demonstração de que a interceptação é recurso necessário para a apuração da infração penal, indicando os meios a serem empregados conforme dispõe o artigo 4º da lei 9.296/96. Via de regra o pedido deverá ser escrito, cabe exceção podendo o juiz admitir pedido verbal, desde que presentes os pressupostos que autorizem, estando a concessão condicionada a reduzir a termo o pedido verbal, assim dispõe o parágrafo primeiro da lei 9.296/96. Tendo o juiz competente o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre o pedido, nos termos do parágrafo segundo da lei em tela.

d) FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO: O artigo 5º traz sob pena de nulidade, que a decisão judicial que defere a interceptação deverá ser fundamentada, indicar a forma de execução da diligência, por prazo de quinze dias, renovável por tempo igual comprova da indispensabilidade do meio de prova.

A lei de interceptação telefônica traz um rol taxativo de hipóteses que se presentes acarretam a inviabilidade da concessão de deferimento a pedido de interceptação. Devemos ressaltar, que a interceptação telefônica é procedimento extraordinário e só admitido em último caso, não sendo instrumento de facilitação de investigação criminal, nem tão pouco de flexibilização de garantias fundamentais desnecessariamente.

O artigo 2º da lei 9.296/96 elenca as hipóteses em que a interceptação não será admitida. O inciso I, dispõe que não será admitida quando não houver razoabilidade de indícios de autoria ou participação na infração penal em investigação ou em processo. Assim ensina Renato Brasileiro de Lima (2017, p.754):

Cuidando-se de medida de natureza cautelar, deverão estar presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. De modo semelhante ao que se dá com uma busca domiciliar, a determinação de uma interceptação telefônica está condicionada à existência de elementos seguros da existência de um crime, que justifique o sacrifício do direito à intimidade.

Os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima refletem tanto sobre o inciso I, quanto no inciso II do artigo 2º. Pois se o *fumus comissi delicti*, se refere a indícios razoáveis de autoria ou participação, o *periculum in mora* está presente na necessidade da prova, quando não puder ser feita por outros meios que estão à disposição da autoridade policial. “Em relação ao *periculum in mora*, há de ser levado em consideração o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação criminal ou para a instrução processual.”. (DE LIMA, 2017, p.754)

O inciso III, delimita a possibilidade de ocorrência de interceptação telefônica apenas nas hipóteses de crimes punidos com pena de reclusão. O texto legal dita que o fato investigado deve constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. A crítica doutrinária reside na impossibilidade da interceptação telefônica ser aplicada a crimes onde este meio de prova praticamente seria único, como o crime de injúria ou ameaça cometidos por telefone. Por fim o parágrafo único traz a obrigatoriedade da descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos cidadãos investigados, com exceção de manifesta impossibilidade justificada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto neste artigo, não resta dúvida sobre a relevância da interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro. É um avanço como meio de obtenção de prova dentro do processo penal brasileiro na busca pela elucidação da existência ou não de fato criminoso. Destarte, não se mostra como instituto utilizado como regra, de outro modo, é extremamente excepcional e apenas concedido se por outro modo não se puder obter a prova por outro modo, além da exigência legal de indícios razoáveis de autoria ou participação em atividade delituosa, como dita o artigo 2º da lei nº 9.296/96.

Apesar de aparente mitigação de direito assegurado em Constituição Federal (artigo 5º, inciso XII), observamos na presente pesquisa que o instituto da Interceptação Telefônica é plenamente compatível com o Estado Democrático de Direito. A lei que disciplina o tema é fruto de um mandamento constitucional contido no próprio texto do artigo 5º, inciso XII, CRFB/88 e contém inúmeros requisitos para sua aplicação, justamente para não mitigar direitos.

Por fim, podemos observar que leis como a de interceptação telefônica e a lei das organizações criminosas trazem inovações benéficas ao caminho de apuração de práticas delituosas e a justa imputação de sanção penal. Sem, contudo, violar direitos e garantias. Deste modo, a lei das interceptações de comunicações telefônicas é um avanço em termos processuais penais e em um país gravemente assolado por corrupção política e social, mostra-se como instrumento contundente para possibilitar a obtenção de provas que por outros meios não seriam descobertas.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 05 de Outubro de 1988

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, 3 de Outubro De 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei Nº 9.296, 24 de Julho de 1996. Regulamenta o inciso XXII, parte final, do art.5º da Constituição Federal. Brasília, 24 de julho de 1996.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DORÓ, Tereza Nascimento Rocha Dóro. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. Campinas: Copola, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MARQUES, Frederico. *Fundamentos Constitucionais do Processo*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 13 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª Ed. São Paulo: Ed. Editora Atlas, 2017.

PEREIRA E SILVA, Igor Luis. *Princípios Penais*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2012.

STF – Informativo nº 30. Junho de 1996.

STF – RHC 90376, Relator: Min. Celso Mello, Segunda Turma, julgado em 03 de Abril de 2007.

STJ – Resp. Nº 1.013.427 RO 2007/0295582-4. Min. Rel. Felix Fischer. 03.02.2009

STJ – Resp. Nº 1.630.097 - RJ (2016/0260240-6). Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma, julgado em 18 de Abril de 2017.

TJ-PR–COR 7164138 PR 0716413-8. Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa. 03.03.2011.

recebido em: 19 março 2018
aprovado em: 22 junho 2018