

ANTONIO FERREIRA

EMAP/2007

**PROJETO DE MONOGRAFIA
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
LEI 9296 DE 24.07.96**

CURITIBA

2007

ANTONIO FERREIRA

**PROJETO DE MONOGRAFIA
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
LEI 9296 DE 24.07.96**

Projeto de Monografia
apresentado como requisito
básico para aquisição do título
de Especialização em Direito
Aplicado pela EMAP, sob a
orientação do Dr. Luiz Taro

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO**ANTONIO FERREIRA****INTERCPTAÇÃO TELEFONÔNICA****LEI nº 9296/96**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização – Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador; Dr. LUIZ TARO OYAMA

Avaliador:

Curitiba, de de 2.007.

AGRADECIMENTOS

Quando do início deste trabalho, procuramos colher todos os dados possíveis para sua elaboração, assim concluímos que um dos caminhos a seguirmos seria recorreremos aos pronunciamentos, posicionamentos e pareceres de Doutrinadores e Mestres expostos em várias obras sobre o assunto.

Entretanto, consideramos que os posicionamentos de Mestres, oriundos de nosso Estado, e, portanto próximos de nosso dia-a-dia Jurídico, seriam de extrema importância em nossa pesquisa, e para tanto os procuramos e dentro de suas áreas de atuação – MAGISTRADO – MINISTÉRIO PÚBLICO – DEPARTAMENTO DA POLÍCIA CIVIL DO PARANÁ, em entrevistas concedidas se posicionaram a respeito do tema, e a estes Mestres formulamos nossos agradecimentos.

Dr^a SUZANA MASSAKO HIRAMA LORETO DE OLIVEIRA, Juíza de Direito em exercício na Vara Criminal da Comarca de Piraquara/PR, membro do corpo docente da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo Curitiba, que com sua sempre cortesia, gentileza e delicadeza posicionou-se a respeito do tema, posicionamento este que demonstra toda sua firmeza de conhecimentos jurídicos, que se refletem em suas prolatadas Sentenças, sempre justas e corretas.

Dr. ALFREDO DIB JUNIOR, Delegado de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná, o qual reputamos um dos melhores Delegados de Polícia de nosso Estado, com seu conhecimento jurídico amplo e em especial por sua prática no uso do objeto deste trabalho, posicionou-se de forma específica, abrilhantando de sobremaneira este trabalho.

Dr. FABIO ANDRÉ GUARAGNI, Promotor de Justiça em exercício no Tribunal de Justiça do Paraná, membro do corpo docente da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo Curitiba, brilhante Mestre em Direito Penal, que com seus inquestionáveis conhecimentos jurídicos nesta área posicionou-se sobre o tema, pronunciando-se de forma exponencial, como sempre, sobre ponto específico de extrema complexidade.

Outrossim, para que este trabalho pudesse obter o sucesso que pretendíamos, contamos com a colaboração indispensável de nosso orientador Dr. LUIZ TARO OYAMA, Juiz de Direito Titular da 7^a Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR, membro do corpo docente da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo de Curitiba, que com seu entusiasmo, dedicação e grande auxílio no mister desta orientação, proporcionou-nos a tranquilidade necessária para a elaboração deste trabalho, em sendo a ele formulamos nossos agradecimentos.

Não poderíamos deixar de formular, igualmente, nossos agradecimentos aos Diretores e funcionários da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo de Curitiba, por toda sua disponibilidade e dedicação ao trato com este Aluno durante todo o desenrolar da pesquisa efetuada neste trabalho.

Curitiba, 12 de Outubro de 2.007.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO	8
LEI nº 9296 DE 24 DE JULHO DE 1996 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	11
1 - ARTIGO 1º	12
1.1 – PROVA EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E EM INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL	15
1.2 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	16
1.3 – JUIZ COMPETENTE	20
1.4 – SEGREDO DE JUSTIÇA	21
1.7 – PARÁGRAFO ÚNICO	22
2 – ARTIGO 2º	25
2.1 – INCISO I – “FUMUS BONI IURIS”	25
2.2 – INCISO II – PERICULUM IN MORA	27
2.3 – INCISO III.....	28
2.4 – PARÁGRAFO ÚNICO	30
3 – ARTIGO 3º	31
3.1 – INCISO I – AUTORIDADE POLICIAL	34
3.2 – INCISO II – MINISTÉRIO PÚBLICO	34
3.3 – OMISSÃO DA LEI 9296/96	35
4 – ARTIGO 4º	37
4.1 – PARÁGRAFO 1º - PEDIDO VERBAL.....	39
4.2 – PARÁGRAFO 2º - PRAZO PARA CONCESSÃO.....	40
5 – ARTIGO 5º	40
6 – ARTIGO 6º	44
6.1 – PARÁGRAFO 1º - DAS GRAVAÇÕES.....	45
6.2 – PARÁGRAFO 2º - RESULTADO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	46
6.3 – PARÁGRAFO 3º - DETERMINAÇÕES DO JUIZ.....	46
7 – ARTIGO 7º	47
8 – ARTIGO 8º	48
8.1 – PARÁGRAFO ÚNICO – APENSAMENTO	50
8.2 – RECURSO – DIREITO DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO DIFERIDO	51
9 – ARTIGO 9º	53

9.1 – PARÁGRAFO ÚNICO – INCIDENTE DE INUTILIZAÇÃO - RECURSO	54
10 – ARTIGO 10.....	55
10.1 – CONDUTAS TÍPICAS	58
10.1.1 – REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL	58
10.1.2 – REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO COM OBJETIVOS NÃO AUTORIZADOS EM LEI	58
10.1.3 – QUEBRA DE SEGREDO DE JUSTIÇA.....	59
10.2 – ELEMENTOS NORMATIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO PENAL	60
11 – ARTIGO 11.....	60
12 – ARTIGO 12.....	61
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	66

RESUMO

O tema que abordaremos neste trabalho é um dos mais polêmicos no âmbito do Direito Processual Penal, sendo certo que a jurisprudência e a doutrina não são unânimes sobre o assunto. Além disso, pudemos observar que houve significativas mudanças de entendimentos no decorrer dos anos, porém parece ainda longínqua a pacificação das opiniões que se digladiam a propósito do tema. A quebra do sigilo de comunicações telefônicas, excepcionalmente admitida pela Constituição Federal, na parte final do inciso XII do art. 5º, exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal, constitui, certamente, poderoso meio posto à disposição do Estado para fins de obtenção da prova, mas também instrumento insidioso de quebra da intimidade, não só do investigado, como também de terceiros. Por isso, diante do princípio da reserva de lei proporcional, a regulamentação da matéria há de resultar da escrupulosa ponderação dos valores em jogo, observando o princípio da proporcionalidade, entendido como justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. A prova obtida por meio da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA é a prova viva dentro do processo penal, sua dinâmica se contrapõe à rigidez da prova produzida por perícia, dela se extrai os momentos ocorridos no inter criminis como se atuais fossem, o Juiz com ela e por ela terá a certeza em sua Sentença, utilizando-a também para a avaliação das circunstâncias judiciais, da conduta social e personalidade do agente, bem como motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

Palavras-chave: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, em que, diariamente, utilizamos meios eletrônicos de comunicação, tais como correios eletrônicos, telex, fax, telefones fixos e celulares, nos tornamos suscetíveis à intromissão indevida em nossa vida privada, o que é vedada pela Constituição Federal, que em seu art. 5º inciso X estabelece serem **“invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação”**. PAULO JOSE DA COSTA JÚNIOR define a intimidade como sendo¹:

“O direito de estar só. É o direito do indivíduo querendo, de ser deixado em paz, sem o importúno da curiosidade ou da indiscrição”.

Mais adiante prossegue o renomado Mestre, que sempre se preocupou com a tutela da intimidade, dizendo:

“O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido em sua intimidade. Direito ao recato, portanto, não é direito de ser recatado, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, bem como o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera da intimidade”.

Não pode haver dúvida acerca da posição fundamental do ordenamento em face do conflito de valores que se desenha. Sobre o interesse na preservação da intimidade prevalecem, em linha de princípio, os interesses ligados à reta administração da justiça. Aquele não pode ter a virtude de obstar ao pleno atendimento destes. Todavia, deve atuar aqui, como alhures, o princípio de que os meios se proporcionam de modo necessário aos fins colimados. O direito à preservação da intimidade se sujeita ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primariamente em vista. Nessa medida, o ordenamento o tolera ou mesmo impõe; além dela, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade, com o auxílio do qual se possa

¹ - COSTA JUNIOR, Paulo Jose da – in **Agressões à intimidade**, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 12 e 33

estabelecer adequado ‘sistema de limites’ à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo,

Há anos a doutrina reivindicava a regulamentação da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, a inadmissibilidade e ineficácia processuais das provas obtidas por meios ilícitos, de um lado, e a necessidade, do outro de não privar o Estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade organizada, ocasionaram, no mundo todo, legislações que disciplinam rigorosamente a utilização de meios eletrônicos de captação da prova.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, art. 5º inciso LVI, assim entendidas as colhidas com infringência às disposições de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais, a colocação é lógica, o Direito não pode agasalhar o que ele mesmo rejeita.

O dispositivo relaciona-se com a intimidade (bem jurídico que, nos últimos tempos, vem recebendo o devido cuidado), também preocupação da Carta Magna, tanto assim, consagra a inviolabilidade das COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, salvo **“nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”**, art. 5º inciso XII, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação da necessidade do texto legislativo, a norma, em toda sua extensão, não seria auto-aplicável. A Lei nº 9296 de 24 de Julho de 1996 regulamenta o inciso XII, parte final, do referido artigo, disciplinando a

INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, aplicando-se também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apesar do caráter aparentemente absoluto da vedação probatória, a regra constitucional dá margem a construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando-se entre elas, por sua relevância, o princípio da proporcionalidade e a teoria das provas ilícitas por derivação, conhecida como dos frutos da árvore venenosa.

Passados mais de oito anos desde a promulgação da Constituição Federal, veio a regulamentação da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, e, com esta, toda uma gama de discussões, não poderia ser diferente, porque toda lei carece de interpretações, a lei regulamenta o dispositivo constitucional, de modo que é natural sua restrição à quebra do sigilo telefônico para prova em investigação e em instrução processual penal.

O Processo Penal, diferentemente do que ocorre no Processo Civil, visa alcançar a verdade real². E isso se deve ao fato de estar em jogo um dos bens mais valiosos da pessoa humana, a liberdade. Por isso, há uma maior flexibilidade na produção e, ao mesmo tempo, um maior rigor na apreciação das provas coligidas durante o processo. Se por um lado, qualquer prova lícita e legítima deverá ser apreciada pelo Juízo para se chegar à verdade sobre determinado fato, por outra essa prova deverá ser analisada minuciosamente para se saber se ela é verdadeira e se poderá produzir efeito no mundo jurídico.

² - Em matéria penal, as provas devem ser de forma que revelem a verdade substancial, não bastando a verdade formal, como no cível. – MALETESTA, Nicola Framarino Del, in **A lógica das provas em matéria criminal**, Vol. I - Conan, tradução da 3ª Edição, 1995, p. 115.

LEI nº 9296 DE 24 DE JULHO DE 1996 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Regulamenta o inciso XII, parte fina, do Art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

O inciso XII do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que: ***“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”.***

A Lei nº 9296/96 veio regulamentar o dispositivo em apreço, em sua parte final, consoante o texto legal, a Constituição Federal ao impor como garantia constitucional a inviolabilidade do sigilo das COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, impôs a mencionada restrição que seria objeto de uma Lei específica sobre o assunto, ora sancionada e que trata integralmente da matéria inserida no mencionado texto constitucional.

Não se trata de uma garantia absoluta, mas relativa, significa que lhe são permitidas exceções legítimas no próprio plano da legislação, as garantias individuais previstas na Constituição Federal, observa ADA PELLEGRINI GRINOVER³:

“Têm sempre feição e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações, por isso, prossegue, as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.”

³ GRINOVER, Ada Pellegrini – in **Liberdades Públicas e processo penal** – São Paulo - Ed. RT – 1982 – p. 251.

O direito ao sigilo das comunicações, ensina JOSE CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴:

“É, como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevante que se mostrem, aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade.”

1 - ARTIGO 1º

Art. 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova de 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 de fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.

Interceptar que dizer interromper no transcurso, e é justamente isso que ocorre, pois num telefonema, mediante o conhecido ‘grampo’, um terceiro ingressa na linha telefônica, onde conversam duas ou mais pessoas, passando a ouvir, ou seja, a captar aquilo que se passa na conversa ora realizada através do telefone, qualquer, pois, que seja a forma da COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA, sua interceptação ficará sujeita à observância dos requisitos constantes da Lei 9296/96.

A relevância de se fixar conceitos, para além de ensejar a correta aplicação da Lei, com a desejada segurança jurídica, reside também no fato de o art. 10 ter contemplado a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ilícita como crime, o alcance da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA que prevalecer no art. 1º tem implicação com o

⁴ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa – in **Direito Aplicado** – Rio de Janeiro - Ed. Forense – 1987 – p.170

art. 10, portanto, esse artigo criminalizou (de modo distinto do que já havia entre nós) a propecta conduta de grampear comunicações telefônicas alheias.

Todo tipo penal cria o âmbito do proibido e, ao mesmo tempo, o âmbito do permitido, restringe liberdade e cria liberdade, urge, em conseqüência, descobrir o verdadeiro sentido da neocriminalização, e tudo isso tem muito a ver com o conceito de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Importante observação relacionada com a locução “COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA” é que a Lei (repetindo, aliás, o texto constitucional) não se refere às conversações telefônicas, senão às COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, a diferença é muito grande e a expressão legal, para além de mais abrangente, é extremamente atual.

A COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA, antigamente, restringia-se à conversação (transmissão de palavras e sons), hoje a COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA está enriquecida, sobretudo pelo extraordinário desenvolvimento da informática, que se vale primordialmente dela para transmissão e recepção de dados, imagens e informações.

É deveras pertinente, no caso, a denominada interpretação progressiva, mesmo porque, como destaca JOSÉ CICHOCKI NETO⁵:

“Enquanto a norma jurídica integrando-se ao ordenamento permanece com sua descrição inicial, os fatos sociais dinamizam-se perenemente em amplitude, espécie e número”,

⁵ CHICOCKI NETO, Jose – in **Princípios informativos da interpretação progressiva das leis** – Revista de Direito Civil – Ed. RT – n. 54 – p. 101. ss.

o que importa numa Lei, em última análise, não é a *voluntas legislatoris*, senão a *voluntas legis*; o legislador, aliás, criando Leis para viger no futuro tem necessariamente em conta a variação futura dos fatos e, por isso, na medida do possível, sopesa-se e seleciona-se, para serem abarcados pela Lei, segundo sua vontade, de certa maneira, portanto, não é frustrada sua vontade com a atualização da *ratio legis* ou de sua consideração objetiva; a interpretação *prater legem*, assim, é perfeitamente possível, o princípio da atualidade, por sua vez funda-se numa *ratio legis* de caráter atual, isto é, cujos elementos de sua verificação são extraídos ao tempo presente e não daquele da época em que a Lei foi criada, a força vigente da *ratio* adapta-se às novas exigências oriundas dos fatos emergentes no curso do tempo.

Consoante doutrina de VICENTE GRECO FILHO⁶, deve ser aplicada a Lei nº 9296/96 também para a quebra dos registros telefônicos existentes nas concessionárias de serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados para telefones celulares, etc., entretanto, alguns doutrinadores discordam desta posição, pois onde a Lei diz COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS não se pode ler também registros telefônicos, o parágrafo 1º do Art. 6º - **“no caso de a diligência possibilitar a gravação....”**, leva a conclusão de que somente a comunicação pode ser interceptada.

A Lei nº 9296/96 cuida das comunicações atuais e presentes, não alcançando, portanto, os registros telefônicos que são dados relacionados com COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS passadas, pretéritas. Mas negar a incidência da

⁶ GRECO FILHO, Vicente – in **Interceptação Telefônica** – São Paulo - Ed. Saraiva – 1996 – p. 06

Lei 9296/96 no que concerne à quebra de dados telefônicos não significa que eles não possam ser devassados, de outro lado, não se pode refutar a idéia de que a Lei 9296/96, no que concerne aos requisitos, abrangência, limites, venha a servir de parâmetro para o Juiz na hora de se determinar à quebra do sigilo desses dados, entretanto não foi à intenção do legislador em disciplinar esse assunto, e não cabe analogia em matéria de direitos fundamentais, que estão regidos pelo princípio da legalidade restrita.

1.1 – PROVA EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E EM INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

Quem se propõe a provar terá que se valer de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova.

A COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA em si é fonte de prova porque é dela que emerge a comprovação de um delito ou do envolvimento de uma pessoa com determinado delito; a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, por seu turno, é medida cautelar processual, mais precisamente medida coativa real (pessoal).

Não existe INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA pré-delitual, fundada em mera conjectura ou periculosidade (de uma situação ou de uma pessoa), não é possível INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA para verificar se uma determinada pessoa, contra a qual inexistente qualquer indício, está ou não cometendo algum crime, é absolutamente defesa à chamada 'interceptação de prospecção', desconectada da realização de um fato delituoso, sobre o qual ainda não se conta com indícios

suficientes. No nosso *ius positum*, em suma, só admite interceptação pós-delitual, e a finalidade última dessa medida cautelar tem que ser uma investigação criminal ou instrução penal.

A Lei menciona 'investigação criminal', não inquérito policial, sendo assim, pode não haver inquérito policial instaurado e mesmo assim admite-se a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Investigação criminal é a que se destina à apuração de uma infração penal (crime e contravenção) e sua autoria, pode ser de responsabilidade da polícia judiciária ou de qualquer outra autoridade administrativa com atribuição para tanto, art. 4º e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

A fase da instrução criminal destina-se à produção de provas sobre o *thema probandum* (fato e autoria), é a fase de formação da culpa, podemos distinguir, no nosso Processo Penal, três fases: postulatória; instrutória e decisória, a segunda se destina à produção das provas, que deve pautar-se pela legalidade, pois só assim pode-se afetar (enervar) a presunção da inocência. Não interessa se a ação penal é pública ou privada, a lei fala em instrução penal e não distingue a modalidade de ação, logo, desde que preenchidos todos os requisitos legais, é de se admitir a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA inclusive na ação privada.

1.2 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A verdade material, ou real, é uma verdade histórica e, portanto, não significa que tudo está permitido, só pode ser alcançada de acordo com os ditames do Estado de Direito, respeitando-se seus limites, não é uma verdade a qualquer preço,

nem tudo é lícito no âmbito probatório, urge compatibilizar a produção da prova com direitos fundamentais do suspeito ou acusado, tais como dignidade, intimidade, etc.

O processo, como o meio pelo qual o Estado exerce a jurisdição, tem que ser pautado pela estrita legalidade. Essa legalidade nada mais é do que a observância aos mandamentos constitucionais e legais que regem tanto o processo civil quanto o penal. É uma garantia das partes, que vêm no Estado o mecanismo para a solução de seus conflitos de interesses. Assim, há a necessidade da perfeição do ato judicial para que ele possa produzir seus efeitos, sob pena dele ser declarado inválido ou ineficaz. Sobre o tema diz ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO⁷:

“Mas, enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma.”

Para efeito de invalidade da prova, pouco importa se a violação é de ordem material ou processual. Sobre o tema dizem ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO⁸:

“...ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição Brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material.”

⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, in **Direito à prova no processo penal**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94

⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, in **As nulidades no Processo Penal**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 113

Em relação ao problema da licitude ou ilicitude da prova quando à sua origem sabe-se que a prova pode ser ilícita em três situações:

- 1)- em virtude da ilicitude do próprio meio, se este não é consentâneo com a cultura do processo moderno, que exige racionalidade e respeito à integridade da pessoa humana;
- 2)- em virtude da imoralidade ou impossibilidade de sua produção;
- 3)- em virtude da ilicitude de sua origem.

Consagrando essa terceira situação, a Constituição Federal, expressamente, determinou não serem admissíveis⁹, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, de modo que se a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA não obedecer aos preceitos legais e os parâmetros constitucionais, a prova com ela obtida não poderá ser utilizada, bem como as dela conseqüentes, porque se o meio de obtenção da primeira foi ilícito, ilícito também será o meio de obtenção das demais que dela decorrem.

Interessante o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Primeiramente, por escassa maioria, o Petrório Excelso repeliu a Teoria dos frutos da árvore envenenada, admitindo as provas ilícitas por derivação no processo envolvendo o Ex-Presidente Fernando Collor (HC 69.912-9-RS).

Nesse julgamento, os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Resek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, firmaram entendimento de que a Teoria dos frutos da árvore envenenada é a única capaz de dar eficácia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, porque de nada adiantaria vedar a própria

⁹ GRECO FILHO, Vicente – in **Tutela Constitucional das Liberdades** – Ed. Saraiva – 1989.

- Sustenta o autor não ser a regra absoluta, apesar de sua aparente taxatividade, como, por exemplo, prova obtida por meio ilícito de menor gravidade, mas para absolver o réu em processo penal.

interceptação e admitir que as informações nela colhidas pudessem ser aproveitadas.

Em sentido contrário, com a tese vencedora, posicionaram-se os Ministros Carlos Veloso, Paulo Bosard, Sydnei Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octávio Galloti. Em resumo, tais Ministros entenderam que não se poderia desprezar todas as demais provas legítimas e lícitas somente porque derivadas de uma prova ilícita, sendo que seria preferível admitir essas provas a deixar impune organizações criminosas. Ficou claro que esses Ministros adotaram a Teoria da proporcionalidade. O resultado do julgamento foi 6 x 5, admitindo serem válidas as provas ilícitas por derivação.

Contudo, houve a necessidade da realização de um novo julgamento, pois o filho do Ministro Néri da Silveira, membro do Ministério Público, atuara naquele feito. Assim, acolhendo argumentação da defesa, procedeu-se a nova votação, que modificou o score para 5 x 5, já que o Ministro Néri da Silveira não pode participar da votação por estar impedido. Restando empatado o julgamento, a ordem de Habeas Corpus fora concedida (DJU, 25/03/94).

Com o ingresso do Ministro Maurício Correa, diante da aposentadoria do Ministro Paulo Bosard, houve o julgamento do HC 72.558/PB, tendo como relator o novo Ministro, prevalecendo a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (informativo do STF, Brasília, 10 a 14 de junho de 1996, nº 35).

Já em 09 de maio de 1996, apreciado nova questão a esse respeito (HC 73.351/SP), o Supremo Tribunal Federal confirmou sua posição quanto a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, pela escassa maioria de um voto.

Em suma: pela apertada margem de um voto, a atual posição do Supremo Tribunal Federal é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

1.3 – JUIZ COMPETENTE

A autorização da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, escrita e fundamentada, deve ser concedida somente pelo juiz que for competente para a apreciação da ação principal.

Nesse sentido manifestou-se VICENTE GRECO FILHO¹⁰:

“A competência para deferir a medida – Juiz competente para a ação principal – é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta. Tem sido admitida por força de organização judiciária estadual, em comarcas complexas, a existência de juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia, como a concessão da fiança, o relaxamento do flagrante e o Habeas Corpus contra a Autoridade Policial, as quais também tornariam prevento o juízo da ação principal nos termos do Código de Processo Penal e da orientação jurisprudencial dominante. A expressa menção na lei de vinculação de competência do Juiz da autorização como o juiz da ação principal, vai suscitar a alegação de nulidade de atos praticados pelo Juiz especializado, mas cremos que vai prevalecer, no caso, o entendimento da autonomia da Lei estadual de organização judiciária em estabelecer a competência dos juízos no âmbito de sua justiça, orientação, aliás, prestigiada em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal.”

A menção ‘ORDEM’ significa que o pronunciamento do julgador antecede a dita diligência, nos termos ali delimitados, dada por escrito, atendendo a pedido da Autoridade Policial ou do Ministério Público, Art. 3º inciso I e II da Lei 9296, à evidência, somente será outorgada pelo juiz presente os requisitos legais constantes da Lei em apreço, cabendo-lhe tal verificação, com o intuito de se preservar a intimidade das pessoas, cedendo a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA somente quando não presente às hipóteses constantes do Art. 2º da Lei 9296, cabendo, também, a devida justificação de tal providência.

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA não pode ser determinada pelo Ministério Público, pela Autoridade Policial ou quaisquer outras Autoridades públicas, civis ou

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente, in **Interceptação Telefônica**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 28 e 29

militares. Atribui-se exclusivamente ao Juiz de Direito Criminal um poder de coerção processual *in re*, essa regra só não vigora nas hipóteses de Estado de Defesa, art. 136 parágrafo 1º inciso I letra 'c'; e Estado de Sítio, art. 139, inciso III da Constituição Federal.

1.4 – SEGREDO DE JUSTIÇA

No que diz respeito à INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA realizada na fase de investigação criminal urge sublinhar o que segue: na primeira fase (fase de colheita de prova), vigora o segredo externo, art. 20 do Código de Processo Penal, e o segredo interno absoluto, frente ao investigado e eventual advogado; na segunda fase (depois de já obtida a prova), continua presente o segredo externo e quanto à publicidade interna é restrita a somente o investigado e seu advogado constituído.

Em razão da lógica do razoável, esse segredo, num primeiro momento, tem com destinatário o investigado ou investigados e seus defensores, caso já tenham sido constituídos, isto é, a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA deve realizar-se sob segredo interno absoluto, diante deles; deve ser preservado o sigilo absoluto da medida durante as diligências, gravações e transcrições respectivas, art. 8º, não importa se a medida cautelar venha a ser determinada durante as investigações ou durante o processo penal, em qualquer que seja o momento, será levada a efeito sob segredo de justiça, pois do contrário nenhum resultado útil se extrairia da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Entretanto, uma vez constituída a prova (a transcrição é o meio probatório que fixa os fatos no processo) deve ser levantado o segredo frente ao investigado e

seu advogado, porém o sigilo ainda é necessário em relação a terceiros, pois não se deve dar publicidade às conversas telefônicas, as quais abrangem pessoas não investigadas e podem conter revelações sobre suas vidas íntimas.

No tocante a esse meio probatório não vigora a publicidade externa, o povo, a imprensa, etc., não pode dele tomar conhecimento, tampouco a publicidade interna irrestrita, não é qualquer advogado que pode consultá-lo, senão o constituído pelo investigado ou por ele nomeado.

É restrita a publicidade do resultado da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA porque quem dele toma ciência passa a ter o dever de guardar segredo de justiça, não podendo quebrá-lo, sob pena de incidir em crime, nos termos do art. 10 da Lei nº 9296/96.

O art. 1º da Lei nº 9296/96, no que tange ao segredo de justiça, tal como o art. 792 do Código de Processo Penal, está em perfeita sintonia com o texto constitucional, art. 5º inciso LX, pois este permite a restrição da publicidade, pela Lei, quando da defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

1.7 – PARÁGRAFO ÚNICO

Há duas correntes a respeito de sua constitucionalidade:

1)- É inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal só admite a violação do sigilo da comunicação telefônica, a expressão constitucional 'COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA' não seria abrangente das comunicações via telefone, dado que as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser

interpretadas restritivamente, desse modo, a comunicação telefônica parece adstrita à transmissão da voz, a norma não se estende à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática:

Informática – é a ciência relativa à informação por intermédio de equipamentos e métodos do sistema de processamento de dados.

Telemática – é a ciência que versa sobre a informação por meio conjunto de computador e telecomunicações – ‘tele’ de telecomunicações e ‘mática’ de informática.

Sobre o tema diz VICENTE GRECO FILHO¹¹:

“Inquina de Inconstitucional o referido artigo, na medida em que a Constituição Federal somente permitiu a interceptação telefônica, partindo-se de uma interpretação gramatical, com elementos de natureza lógica, teleológica, sociológica e técnica. Assim, a expressão ‘no último caso’ diria respeito somente à interceptação telefônica, sendo que, se a intenção do Constituinte fosse a de permitir a interceptação de sistema de informática e telemática, teria redigido o artigo de outra forma. Além do quem, como a garantia do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, a interceptação deve ser restritiva – *exceptiora non sunt amplianda*.”

Sobre o tema diz ADA PELLEGRINI GRINOVER¹²:

“A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento de dados. Nesse sentido técnico, o dispositivo vulnera a Constituição que não permite a quebra do sigilo dos bancos de dados. Já a telemática versa sobre a manipulação do uso combinado do computador e meios de telecomunicações, de modo que aqui se tem uma comunicação de dados via telefone. Cabe, então, verificar se a expressão constitucional ‘comunicações telefônicas’ seria, ou não, abrangente das comunicações ‘via fone’. Mesmo assim, a resposta seria negativa, dado que as regras limitadoras de direitos, sobretudo, quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente. Desse modo, a ‘comunicação telefônica’ parece adstrita a transmissão da voz.”

2)- É constitucional, entendendo-se que a Constituição Federal admite a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA de qualquer comunicação ‘por meio de telefone’, de acordo com essa corrente, para não se atribuir inconstitucionalidade ao parágrafo

¹¹ GRECO FILHO, Vicente, in **Interceptações Telefônicas – Considerações sobre a Lei 9296/96**, Ed. Saraiva – 1996, pp. 11 e 12

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini - **O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas**, in: **RBDCRIM**, p. 17/115

único do art. 1º da Lei nº 9296/96 é preciso interpretá-lo no sentido de que também admite a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA quando se cuida de comunicação em sistema de informática ou telemática 'por via de telefone'.

A Constituição Federal quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de comunicações telefônicas, não cometeria o descuido de permitir a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas.

A exceção, quando menciona 'COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS', estende-se a qualquer forma de comunicações que empregue a via telefônica como meio ainda que haja transferência de 'dados', é o caso do *modem*, se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, 'digitar' e não 'falar', assim, o que o dispositivo em apreço quer é estender a aplicação das hipóteses de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada através de sistema de informática, existentes ou que venham a ser criados.

Sobre o tema diz LENIO LUIZ STRECK¹³:

"Cabe frisar que, restando dúvida sobre se determinada Lei ou determinado delito está ou não sob o pálio da permissão da interceptação, a resposta deverá ser encontrada mediante uma interpretação teleológica da Lei 9296/96, isto porque seus fins se destinam ao combate da criminalidade sofisticada. Há que se compreender, pois, que a nova Lei constitui-se em um instrumento destinado a enfrentar, com eficácia, primordialmente, a pós-modernidade criminal, representada por crimes tipo 'colarinho branco', etc., se assim não se entender chegaremos a (triste) conclusão de que, mais

¹³ STRECK, Lenio Luiz, in **A Escuta Telefônica e os Direitos Fundamentais: as necessárias cautelas**, Enfoque Jurídico TRF 1ª Região, agosto/96.

uma vez, se pode dizer que no Brasil la ley es como la serpiente; solo pica al que está descalzo. Ou o que todo o mundo já sabe, que há Leis feitas para quem aparece na Revista Caras e Leis que são feitas para quem aparece no Jornal Notícias Populares.....”

2 – ARTIGO 2º

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

- I)- não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;***
- II)- a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;***
- III)- o fato investigado constituir infração penal punida no máximo, com pena de detenção.***

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

A enumeração negativa traz em seu bojo dificuldades de interpretação, nesse ponto, a normatização é extremamente infeliz, em primeiro lugar, porque do texto constitucional decorre claramente a idéia de que o sigilo é a regra, à qual a Lei pode excepcionar, nas hipóteses e formas que estabelecer, ao invés disso o Art. 2º da Lei 9296/96 inverte os dados da questão, apresentando a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção.

2.1 – INCISO I – “FUMUS BONI IURIS”

A Lei exige indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Note-se que a Lei não disse ‘indícios suficientes’ ou ‘suspeita’, mas razoáveis. Ora,

como a Lei não deve conter palavras inúteis, é certo que 'razoável' não é o mesmo que 'suficiente' ou 'suspeita', devendo, portanto, ficar no meio termo entre eles.

De tal forma, não bastará à mera suspeita para que a intimidade de alguém seja violada, nem tampouco haverá a necessidade de indícios suficientes de autoria, o que já possibilitaria a propositura da ação penal.

A exigência de indícios razoáveis de autoria e participação em infração penal nada mais configura de que o *fumus boni iuris* do processo civil, ou seja, a plausibilidade do direito invocado, necessário em face da natureza cautelar do provimento que autoriza a medida, assegurando a prova *inaudita altera pars* e submetendo-a a contraditório diferido.

Não é suficiente, de outro lado, se se deseja respeitar o Estado Constitucional de Direito, a mera demonstração dos indícios, o Juiz, para fundamentar sua decisão, deve evidenciá-los com clareza, deixá-los patenteados, seja para a legitimação da sua atuação, seja para eventual impugnação a posterior, o Juiz, embora sob a forma secreta (segredo externo e interno), deve exteriorizar qual é o indício ou quais são os indícios, porque, caso não faça, caso ficassem guardados na sua intimidade, de nada valeria as exigências legais de sua existência, que deve acontecer antes da decisão, não depois. Isso significa que somente o Juiz, porém não a seu livre arbítrio, senão sempre de acordo com a Lei e conforme seus princípios, é o único que pode determinar uma INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

A probabilidade de existência de uma infração, por sua vez, deve estar amparada em provas inequívocas a respeito da materialidade (existência concreta e real de um acontecimento), não é o bastante fatos duvidosos, meras possibilidades ou conjecturas, somente fatos indubitáveis permitem o juízo de probabilidade, indispensável para a decretação da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

2.2 – INCISO II – PERICULUM IN MORA

O Inciso II do art. 2º poderá trazer alguma dificuldade, não na interpretação, mas na prática. Esse Inciso reza que a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA somente poderá ser feita caso a prova não possa ser produzida com outros meios disponíveis. Isso equivale a dizer que, se existente a possibilidade de se produzir à prova por intermédio de outros meios, esses deverão ser utilizados, porque esta prova deve reservar-se tão somente a casos excepcionais, de extrema necessidade.

O dispositivo exige, para autorização, a circunstância de não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis, firmando o critério da estrita necessidade reforçada pelo dispositivo 4º da Lei, que demanda a demonstração, no pedido de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, da necessidade da medida para a apuração da infração penal, a excepcionalidade e estrita necessidade da operação técnica enquadram-se na exigência do *periculum in mora* comum a todas as medidas cautelares.

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA é uma medida de exceção, reservada aos casos de impossibilidade ou extrema dificuldade da obtenção de provas por outros meios, fica claro que uso da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA somente

poderá ser deferida por exceção absoluta, é dizer, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração, disso se deduz sistematicamente, que a interpretação da palavra ‘necessária’ deve ser restritiva, para que não ocorra o que EUGENIO R. ZAFFARONI chama de **“generosidade nas autorizações judiciais de escuta”**¹⁴.

Cumprirá assim ao Juiz, aquilatar a respeito da possibilidade ou não da obtenção da prova através de outros meios lícitos, podendo sendo o caso, indeferir o pedido e em seu despacho, esclarecer qual o meio que poderá ser utilizado para a obtenção da prova pretendida, cumpre também à Autoridade Policial ou Ministério Público, informar detalhadamente ao Juiz, que deve ser o competente para a ação principal, quais as medidas já tomadas para a obtenção da prova e o insucesso das mesmas, sendo o caso, de modo a se justificar seu pedido de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

2.3 – INCISO III

Refere-se à Lei, pois, a fato investigado, uma vez mais, confere legitimidade à interpretação no sentido de que não existe a mínima possibilidade para a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA de prospecção, isto é, para averiguar se uma determinada pessoa estaria praticando algum crime em sua vida, urge a existência de um fato precedente, fato ocorrido e que esteja sendo investigado ou sobre o qual já se conta com indícios fortes e evidentes, só existem INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS pós-delitual, nunca pré-delitual, e não é qualquer fato que justifica a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: impõe-se que constituía infração penal, é dizer, única e exclusivamente os fatos típicos descritos em lei previamente é que

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. – in **Crime Organizado: uma categorização frustrada, in Discursos sediciosos** – Ano 1 – n.1 – Ed. Relume – p.61

autorizam a medida cautelar, pouco importa se o delito vem descrito no Código Penal ou em Lei Especial: o relevante é a pena cominada.

Na medida em que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA em todos os casos de crimes apenados, em abstrato com pena de reclusão é evidente o excesso, pois esse não se deu conta da excepcionalidade da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social mais que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida medida.

Há que se compreender, no mínimo, que a nova Lei se constitui em um instrumento destinado a enfrentar, primordialmente, com eficácia, a 'pós-modernidade' criminal representada por crimes do tipo 'colarinho branco', etc.. Na hipótese de crime de responsabilidade, Lei nº 1079/50, Decreto-Lei 201/67, a sanção prevista é o *impeachment* (perda do cargo), consoante JÚLIO FABRINNI MIRABETE¹⁵, não caberia a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA nessas infrações, em virtude da sanção cominada, há entendimentos contrários externados por LÊNIO LUIZ STRECK¹⁶, sob fundamento de que a lei visa exatamente punir a macrocriminalidade, a criminalidade do colorinho-branco, organizada, etc.. Entretanto, outros doutrinadores acreditam que a solução melhor seria uma postura intermediária: os crimes de responsabilidade, em geral, também estão descritos e

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabrinni – in **Interceptação de Conversações Telefônicas e os Ilícitos Penais**, em Enfoque Jurídico – TRF 1ª Região – nº 01 – agosto/96 – p.3

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz – in **Escuta Telefônica e os Direitos Fundamentais**, em Revista Jurídica 228 – outubro/96 – Ed. Síntese – Porto Alegre – p. 10/11

são punidos pelo direito comum, Lei nº 1079/50 art. 3º, o processo por crime de responsabilidade, aliás, não impede o processo comum, sendo assim, se o crime de responsabilidade corresponde a uma infração comum punida com reclusão, não existiria nenhum obstáculo para a decretação a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

2.4 – PARÁGRAFO ÚNICO

A Autoridade Policial, ou o Ministério Público, deverão ter o cuidado de descrever minuciosamente no que consiste a investigação e quem são os investigados, a fim de que o Juiz possa decidir fundamentadamente¹⁷. Em certos casos excepcionais, poderá não ser possível à identificação dos investigados, ocasião em que essa situação deverá ser relatada e justificada. Aceita a justificativa, o Juiz poderá deferir o pedido.

A exigência imperiosa de descrição da base fática da medida configura uma garantia e, ademais, irá possibilitar a solução de uma série de problemas relacionados com o chamado encontro fortuito de outros fatos. Aliás, exatamente por isso, a Lei, para além de prever a descrição da situação, requer que seja definida com clareza. Isso significa uma delimitação precisa, inequívoca, insuscetível de dúvida, do fato investigado.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹⁸ entende que só é admissível a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA quando existir investigação iniciada ou processos

¹⁷ Quanto a fundamentação, valem as observações feitas pela doutrina e jurisprudência quanto ao decreto de prisão preventiva, ou seja, não pode se genérica ou apenas repetir as palavras da Lei, mas basear-se em argumentos fáticos específicos do caso – GRECO FILHO, Vicente, in **Interceptação Telefônica**, Ed. Saraiva, 1996, p.32

¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance – *Obra Interceptações Telefônicas: aspectos processuais da nova lei*, in Boletim do IBCCrim – São Paulo – agosto/96 – n-45 – p.15

instaurados, ficando excluída a possibilidade de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA para iniciar a investigação, entretanto DAMÁSIO E. DE JESUS¹⁹, entende que é possível à medida como início de investigações, nos termos do art. 5º inciso XII da Constituição Federal, a violação é admissível para fins de investigação criminal, não se exige, pois, que haja um procedimento penal em andamento ou que a investigação criminal já se tenha iniciado, a medida pode ser o primeiro ato da investigação, cujo resultado pode ensejar o procedimento policial ou processual, é possível que seja instaurado inquérito policial exatamente com fundamento no resultado da diligência.

O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9296/96 sugere que o resultado da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA só possa ser utilizado como prova dos fatos objeto de investigação determinada, com o mesmo espírito pode ser lido o art. 4º do diploma legal, que exige da Autoridade requerente a demonstração da necessidade da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA à apuração de infração penal.

3 – ARTIGO 3º

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.

¹⁹ JESUS, Damásio E. de – in **Interceptações de Comunicações Telefônicas notas à Lei 9296 de 24/07/1996-RT/Fasc. Pen. – Ano 96 – V.735 – Janeiro/97 – p.458-473**

Esse artigo traz um problema sistemático e poderá ser taxado de inconstitucional quando permite ao Juiz, de ofício, determinar a realização da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. É que o nosso sistema processual é o acusatório, onde existe uma nítida divisão entre o órgão acusador e o julgador. Enquanto a acusação é, em regra, formulada por um órgão estatal – Ministério Público, o Poder Judiciário é o responsável pela aplicação da Lei e a solução dos conflitos entre o Estado e o particular.

Sobre o tema diz o Profº. LUIZ FLÁVIO GOMES²⁰ -

“Sobre o assunto, pugna pela inconstitucionalidade da parte do art. 3º que permite ao Juiz, de ofício, determinar a realização da interceptação. Diz o Jurista: É inconstitucional a interceptação telefônica de ofício em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituída pela C.F. de 1988, quando considera os ofícios de acusação e defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuída esta aos Juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual.”

De tal forma, pelo sistema acusatório, o Magistrado está impedido de investigar durante a fase policial. Por isso, não pode o Juiz antes do início da ação penal determinar, de ofício, a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, já que estaria exercendo uma função que não é sua. Por outro lado, nada obsta que determine a realização dessa prova incidentalmente, ou seja, no decorrer da ação penal, já que pode e deve o Juiz buscar a verdade real dos fatos²¹.

O legislador ordinário brasileiro, muitas vezes sem consciência dos seus limites legiferantes, vem insistindo, nos últimos anos – Lei 9034/95 art. 3º, na criação

²⁰ GOMES, Luiz Flávio, in **Interceptação Telefônica ‘de ofício’: Inconstitucionalidade** - Revista Jurídica – 242/31, dez/97

²¹ STJ – O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O Juiz pode determinar a reprodução da prova e colher as que sejam úteis à instrução – RT 683/361-2
TACRSP – A lei processual penal atribui ao Juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução, quer no final, antes de proferir a sentença. Assim, não estará, na busca da verdade real, sujeito a preclusões, sendo-lhe vedado apenas exceder os limites do admissível, determinando a realização de diligências sem qualquer vínculo com os fatos e demais provas dos autos – RT 626/318.

da figura do 'Juiz Inquisitor', o que é absolutamente conflitante com a Magna Carta. O Juiz Inquisitor, nascido na era do Império Romano, teve protagonismo acentuado na Idade Média, isto é, na época da Inquisição, foi combatido ardorosamente pelos Iluministas e proscrito na Revolução Francesa.

O Juiz não está desvinculado da Lei; seu ponto de partida e muitas vezes também o de chegada é a Lei. Mas quando não existe compatibilidade vertical entre ela e a C.F., é evidente que a prioridade é desta última que ocupa posição de destaque na pirâmide jurídica. Tomar iniciativa da prova compromete psicologicamente o Juiz em sua imparcialidade, o Juiz não pode ter idéias pré-concebidas sobre o que vai decidir, o legislador pôs em xeque o princípio da ação ou do *ne procedat judex ex officio*, confundiram a figura do Juiz com a de um investigador de polícia.

Sobre o tema diz Dr^a SUZANA MASSAKO HIRAMA LORETO DE OLIVEIRA:²²

“Em suma, parte da doutrina entende ser inconstitucional somente quando o juiz age de ofício na fase pré-processual, não assim sendo em juízo. Porém, a corrente majoritária entende ser resquício de um sistema penal inquisitório e, portanto, inconstitucional. Considerando que as partes são gestoras das provas, que o juiz deve permanecer imparcial e que o onus probandi é de quem acusa, entendo ser inconstitucional o artigo 3º da Lei de Interceptação Telefônica, no que tange a possibilidade de decretação de ofício pelo Juiz.”

Tem por fundamentação em seu posicionamento as conclusões do doutrinador Dr. LUIZ FLAVIO GOMES²³:

“(...)seja porque viola o processo acusatório, que tem incontestável assento constitucional, seja porque retira do Juiz a necessária imparcialidade que, para além de representar uma importante garantia, é nota essencial da jurisdição, no nosso entender, é absolutamente inconstitucional a determinação da interceptação telefônica

²² Pesquisa de Campo – entrevista – de OLIVEIRA, Suzana Massako Hirama Loreto, Juíza de Direito – Vara Criminal Comarca de Piraquara/PR – membro do corpo docente da EMAP/CURITIBA/PR.

²³ GOMES, Luiz Flavio – in **Interceptação Telefônica “De Ofício”: Inconstitucionalidade**, publicada na RJ nº 242 – Dez/1997, pg. 31.

pelo juiz de ofício. E não importa se isso ocorre na fase investigatória preliminar ou dentro da fase processual instrutória. Tampouco serviria de apoio o art. 156 do CPP, que só autoriza ao Juiz uma atividade probatória supletiva, complementar, nunca desencadeante da colheita da prova, em busca da descoberta da autoria ou materialidade de qualquer crime.”

3.1 – INCISO I – AUTORIDADE POLICIAL

Faculta-se o requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA à Autoridade Policial, na investigação criminal. É dever da Autoridade Policial, tomando conhecimento de uma infração penal, tomar providências tendentes à elucidação do caso, de se observar que o diploma legal não exige inquérito policial instaurado, basta investigação em curso, assim no caso de suspeita da existência de determinada infração penal, poderá tal autoridade requerer a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, visando constituir elemento de prova, desde que haja indícios razoáveis da autoria ou participação de determinada pessoa em infração penal.

Sobre o tema diz Dr. ALFREDO DIB JUNIOR²⁴:

“O instituto da interceptação telefônica se reveste de grande importância como instrumento de coleta de prova no curso da investigação policial. Deve observar, todavia, o cotejo sistemático com o conjunto probante coletado a partir de sua autorização, sob pena de assumir feição tibia à proposta inquisitória.”

3.2 – INCISO II – MINISTÉRIO PÚBLICO

O requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA poderá ser feito pelo órgão do Ministério Público, a tal representante, ocorrerá dupla legitimidade, pois poderá requerer a medida tanto na investigação criminal, como na instauração processual penal, em ambos os casos há flagrante interesse do Ministério Público na obtenção de provas para alicerçar uma eventual denúncia ou sendo o caso, uma condenação criminal. Dispõe o art. 156 do C.P.P. que o ônus da prova incumbirá a

²⁴ Pesquisa de campo – entrevista – DIB JUNIOR, Alfredo – Delegado de Polícia – Departamento da Polícia Civil do Estado do Paraná.

quem acusa, assim no dizer de HÉLIO TORNACHI²⁵, somente o representante do Ministério Público com atribuição para o caso – Promotor Natural – é que pode formular o requerimento, porque a Lei quer restringir ao máximo possível a divulgação da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

3.3 – OMISSÃO DA LEI 9296/96

A pergunta é: ***“Requerida a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA pela Autoridade Policial, deverá o Juiz, antes de decidir, ouvir o Ministério Público?”***

A Lei nada fala a respeito, apenas diz, no art. 6º, que deferido o pedido, a Autoridade Policial conduzirá os procedimentos de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Não há dúvida que houve uma OMISSÃO legislativa, em matéria de tamanha relevância, eis que a autorização de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA é uma invasão na esfera da privacidade do cidadão, deveria sempre ser ouvido o Ministério Público, cuja missão constitucional é justamente a de ser o guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade.

Se o Poder legiferante optou pelo sistema de ‘autorização prévia’, e não pela verificação posterior da legalidade, a ouvida do Ministério Público se faz

²⁵ Tornachi, Hélio – in **Instituições de Processo Penal** – Vol. IV – Ed. Saraiva – p.226

- o sentido do art. 156 C.P.P. deve ser esse: ressalvadas as presunções que reverterá o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva tem de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu.

indispensável, além de representar um mais efetivo resguardo da garantia constitucional do cidadão, levando-se em conta, ainda, que o Ministério Público, Por definição constitucional, é o controlador externo da atividade policial, os requerimentos de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA advindos da Autoridade Policial não podem prescindir do crivo do agente do Ministério Público, para verificar a presença dos requisitos para a concessão da medida, afinal de contas como destinatário das provas, já que é titular incontestemente da ação penal, nada mais lógico que tenha o controle, desde o início, de sua produção.

Outra questão que restou OMISSA na Lei diz respeito ao tratamento desigual às partes, com efeito, sobre o tema assim dizem ROBERTO DELMANTO e ROBERTO DELMANTO JUNIOR²⁶:

“a Lei regulamentadora deveria ter previsto a possibilidade também de a defesa requerer a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA de terceiros que tenham relação com o processo, como a vítima e as testemunhas de acusação, caso existam indícios de que tenham faltado com a verdade ou omitido dados relevantes para a apuração da verdade material, objetivo maior do processo penal.”.

Desse modo, não é temerário afirmar que o dispositivo do art. 3º ao omitir a defesa o direito de requerer a realização da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que limita o poder de a defesa ‘defender-se provando’.

Outra OMISSÃO é a relativa a não inclusão da vítima no rol dos legitimados a requerer a medida de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, tendo por fundamento a ação penal privada, como no caso de estupro, onde somente a vítima terá interesse e poderá formular o requerimento para a produção desta prova, assim resta evidente a OMISSÃO, pois em face das garantias constitucionais, entre as quais se insere o

²⁶ ROBERTO, Delmanto e ROBERTO JUNIOR, Delmanto – in **A permissão constitucional e a nova lei de Interceptações Telefônicas**, in IBCCrim nº 47 – outubro/96 – p.2

direito à prova, reconduzível aos incisos LIV e LV do art. 5º da C.F., deveria constar estas pessoas no rol dos legitimados ao requerimento desta medida.

4 – ARTIGO 4º

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

Parágrafo 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.

Parágrafo 2º - O Juiz, no prazo máximo de 24 horas decidirá sobre o pedido.

Ao fazer o requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, o órgão do Ministério Público ou a Autoridade Policial deverá demonstrar as necessidades imperiosas da medida, relatando os motivos que os levaram a requerê-la. Os meios a serem empregados também deverão ser mencionados. A fim de que não haja excessiva ou indevida violação ao direito de intimidade de outrem. O Juiz que deferir a medida deverá indicar quais os meios que serão utilizados, quem será o responsável por sua execução e os cuidados que deverão ser tomados.

Além de se necessária à descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada, art. 2º parágrafo único da Lei em

comento, exige-se que o requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA contenha a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração penal, com indicação dos meios a serem empregados, informando, face à ressalva constante do art. 2º inciso II da Lei em comento, a impossibilidade da realização da colheita de determinada prova por outro meio.

Tem-se que se informar à forma como se realizará a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ou seja, em quais linhas telefônicas se fará à interceptação, a quem essas pertencem, quais aparelhos serão utilizados para a interceptação e conseqüente gravação das conversas grampeadas, tais informações são necessárias em vista de que o Juiz competente terá de determinar a forma de execução da diligência, logo, terá que ter conhecimento de como essa se realizará, cuja informação deverá constar do requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Cuida a Lei, em vários aspectos, de evitar que as autorizações sejam concedidas de forma genérica, tanto no que pertine aos meios que serão empregados, como com relação aos delitos a serem investigados, não é possível que a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA sirva para a realização de devassa na vida das pessoas, extrapolando o âmbito da investigação criminal.

A propósito desse tema, a Corte Constitucional Alemã, em decisão proferida em 16/03/71, devidamente traduzida, dispôs²⁷:

²⁷ BverfGE, 30,316. Apud: Willis Santiago Guerra Filho, **Ensaio de Teoria Constitucional**, p. 75

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

4.1 – PARÁGRAFO 1º - PEDIDO VERBAL

A regra é de que tal requerimento se faça por escrito, forma mais costumeira e utilizada para que se requeiram providências Jurisdicionais. No caso de ser concedida a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA oralmente, tal concessão ficará condicionada à sua redução a termo, entretanto, a previsão de pedido verbal, reduzido a termo, embora restrito a casos excepcionais, desperta alguma preocupação, uma vez que o exame do Juiz a respeito da presença dos requisitos de admissibilidade da medida deverá basear-se exclusivamente nas afirmações da Autoridade requerente, o que de toda forma demonstra a impraticidade do pedido feito verbalmente.

Exige-se a forma escrita, ou sendo o caso verbal, sua redução a termo, justamente para que se forme um processo em apartado ao inquérito policial ou do processo criminal, art. 8º da Lei em comento, onde o Juiz proferirá decisão acerca do requerimento, tudo sob segredo de justiça.

4.2 – PARÁGRAFO 2º - PRAZO PARA CONCESSÃO

Impõe que o Juiz terá o prazo máximo de 24 horas para decidir sobre o requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA formulado pelo Ministério Público ou por Autoridade Policial. Tal prazo é impróprio, sem conseqüências processuais, caso seja descumprido, à evidência, tal medida deve ser apreciada com a máxima urgência pelo Juiz sob pena de às vezes até inviabilizar a prova que se pretende produzir.

O prazo de 24 horas, à evidência, deverá contar da conclusão do requerimento ao Juiz, Art. 800 parágrafo 1º do C.P.P., e não do protocolo do requerimento em juízo, este prazo iguala-se ao constante do art. 800 inciso III do C.P.P., concedido ao Juiz para despachos de expediente, declarando motivo justo pode o Juiz exceder por igual tempo o prazo de 24 horas, entretanto de acordo como art. 800 parágrafo 3º não havendo motivo justo ou passadas 48 horas pode o Juiz perder seus vencimentos, tantos dias quantos forem os excedidos, Art. 801 C.P.P..

5 – ARTIGO 5º

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

Coerentemente na linha da preservação dos direitos fundamentais, o art. 5º da Lei em comento deve ser lido em consonância com o art. 4º, vez que, se o Juiz precisa fundamentar a sua decisão à evidência deverá moldá-la à contenção legislativa no que entenda por 'necessidade da INTERCEPÇÃO TELEFÔNICA para a apuração da infração penal', que deve ser entendida na acepção do indispensável.

Essa decisão deverá mencionar os elementos que serviram de amparo à convicção do Juiz na apreciação do requerimento, a ausência de fundamentação é motivo de nulidade da diligência, arts. 93 inciso IX da C.F. e 5º da Lei em comento, causando a imprestabilidade da prova e ensejando a inutilização do material, art. 9º da Lei em comento, destarte, a prova inadmissível não poderá fazer parte do processo, ou seja, o seu entranhamento não é permitido, desta forma, caso a prova tenha sido juntada aos autos e posteriormente constatado que ela foi obtida por meios ilícitos, terá que ser desentranhada por ser inexistente, nesse caso, os atos que levaram essa não-prova em, consideração, por serem igualmente inexistentes, deverão ter a mesma sorte.

O Juiz na apreciação do requerimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA deverá, de forma bem fundamentada, considerar o princípio da proporcionalidade, e, mais precisamente, realizar o sopesamento entre o interesse público, por um lado, e a esfera da intimidade protegida pelos direitos fundamentais do outro, ao Juiz é que caberá dizer, pois, no caso concreto, o que é razoável, confrontando o direito à intimidade, garantido pela Constituição, com o interesse público²⁸.

²⁸ 2ª Câ. Crim. Do TJRJ, aos 15/09/95, na Ap. 1148/94, in COAD 72.697, entendeu que:

Os pressupostos e requisitos de legalidade e de constitucionalidade da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA devem vir proclamados na decisão cautelar que a defere, mas posteriormente, consoante VICENTE GRECO FILHO²⁹, podem ser reexaminados, por ocasião da sentença definitiva, desse modo, embora tenha a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA sido deferida por autorização judicial, no final, pode a prova ser considerada ilegal ou inconstitucional; tudo depende da exata correspondência entre a base fática e o ordenamento jurídico.

Fala a Lei em NULIDADE pela falta de fundamentação, nem poderia ser diferente porque toda decisão judicial deve ser motivada, a grande questão consistirá em saber o que sucederá com o material colhido com base na medida cautelar deferida se a decisão vier a ser declarada nula por falta de fundamentação, ora, se a decisão é nula não poderá gerar o seu feito principal consistente em autorizar, legitimamente, a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, e, por conseguintes, validar todas as diligências realizadas e provas derivadas.

Deverá a decisão indicar, ainda, a forma de execução da diligência, podendo o Juiz acatar aquela indicada pela Autoridade Policial ou pelo Ministério Público, art. 4º in fine, ou determinar outra forma para tal realização.

Terá tal medida cautelar o prazo máximo de 15 dias de validade, pode o Juiz, portanto, autorizar a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA por prazo menor, o limite

“...de registrar na esfera do *Codex iuris Cãnones*, que o Juiz penal deve ter a liberdade de avaliar as provas por sua convicção, condicionando às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor probante devendo ter a obrigatoriedade de fundamentar e motivar suas decisões para que se tenha conhecimento das condicionantes que ao conduziram à convicção dos fatos, a fim de se poder sopesar do acerto ou não do provimento judicial.”

²⁹ GRECO FILHO, Vicente – **Boletim informativo** – n.2 – novembro/96 – EPMP – p.3

temporal que foi estabelecido faz parte da proporcionalidade em abstrato, da qual se encarregou o legislador, isso significa que o Juiz deve exercer seu papel de controlador e fixar o tempo que reputar necessário, respeitado o limite legal, conta-se o prazo desde o dia em que se iniciou a devassa, por se tratar de medida restritiva de direito constitucional, computa-se o dia do começo.

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova, o fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca da sua indispensabilidade, enquanto indispensáveis, enquanto necessária, pode ser autorizada, a Lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade, é o prudente arbítrio do Juiz que está em jogo, mais tecnicamente falando: é a proporcionalidade, no instante em que se perceber que a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA já não tem sentido, desaparece a proporcionalidade, logo, já não pode ser renovada, e se o for é nula.

Sobre o tema diz PAULO NAPOLEÃO QUEZADO e CLARISIER CAVALCANTE, assim como ALTAMIRO LIMA FILHO³⁰:

“a renovação só pode ocorrer uma vez, em nenhuma hipótese seria possível a interceptação por mais de 30 dias”,

em contrapartida DAMÁSIO E. DE JESUS, VICENTE GRECO FILHO e ANTONIO ESCARANCE FERNANDES³¹:

³⁰ QUEZADO, Paulo Napoleão; e CAVALCANTE, Clarisier – in **Das Interceptações Telefônicas para fins de Instrução Criminal** – artigo inédito.

LIMA FILHO, Altamiro – in **Alterações ao Código Penal e Processual Penal** – São Paulo - Ed. LED – 2ª edição – 1996 – p.121

³¹ JESUS, Damásio E, de – in **Interceptação de comunicações Telefônicas**, publicado na RT 735 – p. 458/473.

GRECO FILHO, Vicente – in **Interceptação Telefônica** – São Paulo - Ed. Saraiva – 1989 – p.31

FERNANDES. Antonio Scarance – in **Lei das Interceptações Telefônicas, em Justiça Penal** – na coord, de Jaques de C. Penteadó – São Paulo - Ed. RT – 1997 – p. 59

“não há limite: quantas vezes forem necessárias”.

6 – ARTIGO 6º

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

Parágrafo 1º - No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinado a sua transcrição.

Parágrafo 2º - Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao Juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá contar o resumo das operações realizadas.

Parágrafo 3º - Recebidos esses elementos, o Juiz determinará a providência do Art. 8º, ciente o Ministério Público.

Autoridade Policial é, em regra, autoridade de carreira e pode ser Estadual ou Federal, é também Autoridade Policial o Militar que conduz o inquérito militar, e nos termos do art. 13 do C.P.P., incumbe à Autoridade Policial, realizar as diligências requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público, em qualquer caso, pedido próprio, determinação ex officio do Juiz ou pedido do Ministério Público, a diligência tendente à INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, terá de ser conduzida pela Autoridade Policial.

Preocupa, sobretudo, que somente à Autoridade Policial é conferida a possibilidade de executar a escuta, quando se sabe que o inquérito policial é peça dispensável e que não é vedado ao Ministério Público realizar investigações, daí a pergunta: nos casos de corrupção de altas Autoridades ou da própria polícia, ou

ainda nos casos de sonegação fiscal, qual a razão de o legislador não ter conferido tal possibilidade também ao Ministério Público, ou, o que seria mais coerente, da possibilidade deste, justamente no fato de que, tanto a Polícia como o Ministério podem requerer a realização da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, mas só à Polícia, cuja investigação, muitas vezes, não é indispensável ao oferecimento da denúncia, é conferido o poder de conduzi-la. Mesma preocupação vale para as hipóteses em que o Poder Judiciário ou o Ministério Público venha a investigar um dos seus membros, ou seja, a previsão legislativa de que a condução da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ficará a cargo da Polícia só teria sentido se a investigação criminal fosse atividade privativa da Autoridade Policial questão já resolvida de há muito pela doutrina e pela jurisprudência.

Sobre o tema diz Dr. FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI³² -

“Em considerando que nenhuma norma institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Lei nº 9296/96 não significa a absoluta proibição da possibilidade de outras Autoridades, além da Autoridade Policial, conduzirem e executarem a produção da prova através da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Ater-se-ão ao cuidado da preservação do Segredo de Justiça atinente a este procedimento, que é útil e necessário, seja para o poder público – no instante da colheita da prova -, seja para o investigado e terceiros que se comunicaram com ele, e em face das pessoas a serem investigadas no caso de situações próprias interna corpores. Assim a condução, execução e produção de provas através da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA feita, externa ou interna corpores, por membros do Ministério Público, do Poder Judiciário ou de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, dentro dos requisitos legais instituídos pela Lei 9296/96 não serão ilícitas e nem poderão ser argüidas de nulidades.”

6.1 – PARÁGRAFO 1º - DAS GRAVAÇÕES

O resultado da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA deve revestir-se de forma documental, normalmente, vem ela acompanhada de gravação da conversa telefônica, com a finalidade de se dispor de uma reprodução sonora, que permita a escuta, tal gravação, de per si, já constitui documento, mas isto não exime os órgãos

³² Pesquisa de campo – entrevista Dr. GUARAGNI, Fábio André - Promotor de Justiça – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Membro do corpo docente da EMAP/CURITIBA/PR

encarregados da operação técnica de certificar todas as etapas desenvolvidas: aliás, a doutrina tem se manifestado no sentido da lavratura do termo, mesmo quando a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA não tenha tido êxito, também constitui documento a gravação (transcrição) da conversa, para reduzi-la à escrita, todos esses documentos constituem meio de prova.

6.2 – PARÁGRAFO 2º - RESULTADO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A comunicação telefônica interceptada e gravada deve ser documentada, cumprida a diligência, deverá a Autoridade Policial determinar a sua transcrição, encaminhando-a ao juiz competente, acompanhado de laudo circunstanciado, ou seja, específico acerca das diligências realizadas, a forma de sua realização, o período, a data da interceptação, a data da gravação, para que o Juiz, em momento oportuno, possa apreciar a prova produzida, no contexto probatório constante dos autos, servindo ou não de alicerce para sua convicção e decisão.

O laudo deverá ser juntado ao procedimento, nas fases procedimentais indicadas no art. 8º parágrafo único da Lei em comento, eventualmente, pode o Juiz determinar que sejam desprezadas as partes da conversação que não interessam à finalidade da diligência, art. 9º da Lei em comento.

6.3 – PARÁGRAFO 3º - DETERMINAÇÕES DO JUIZ

Recebidos o resultado da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, sua transcrição e o laudo elaborado pela Autoridade Policial, contendo o resumo das operações realizadas, o Juiz determinará a providência constante no art. 8º da Lei em comento,

dando-se ciência ao representante do Ministério Público, da remessa feita pela Autoridade Policial.

Devem ser preservadas, também as gravações originais (é dizer, a documentação da operação técnica de captação da comunicação), não pode a Autoridade Policial encaminhar ao Juiz tão-somente cópias dessas gravações, são relevantes os originais, porque caso haja qualquer questionamento a respeito da autenticidade da prova, servirão para futuro exame.

Uma coisa, assim, é a admissibilidade da prova, outra bem diferente é à sua autenticidade e, por último, distinta é sua validade para a formação do juízo de convicção.

7 – ARTIGO 7º

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

No sistema da Lei, a Autoridade Policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias, significando que poderá, também, realizar a diligência pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa, entretanto, se esses últimos forem os meios empregados, grave risco pode correr a intimidade das pessoas e a segurança do sigilo que deve cercar a medida, inclusive em face de eventual responsabilização pelo crime do art. 10 da Lei em comento, tem-se aqui em

verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código de Telecomunicações, Lei nº 4117/62, com as alterações sucessivas, considerando inadequado para suprir à exigência Constitucional da lei reguladora das hipóteses e forma de quebrado sigilo das comunicações telefônicas, mas que ao menos era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais, art. 152 c.c. art. 56 parágrafo 2º da Lei nº 4117/62.

Para alguns doutrinadores a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA não pode ser realizada por qualquer pessoa, a diligência, diante da restrição, não pode ser efetuada pessoalmente pela Autoridade Pública, qualquer que seja, e nem por terceiro, assim, não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos, deve o Juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art. 5º da Lei em comento, determinando que as operações de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela Polícia e pelo Ministério Público.

8 – ARTIGO 8º

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

Parágrafo único – A apensão somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial, Art. 10

parágrafo 1º C.P.P., ou na conclusão do processo ao Juiz para despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 C.P.P..

A autuação em apartado de todo o procedimento da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, prévio ou incidental, conforme ocorra na fase policial ou judicial, tem o escopo de facilitar a preservação do sigilo, que é útil e necessário, seja para o poder público – no instante da colheita da prova -, seja para o investigado e terceiros que se comunicaram com ele – tutela da privacidade e intimidade -, dessa autuação fazem parte o pedido, eventuais documentos que instruem o pedido, a autorização judicial, as transcrições, o auto circunstanciado das operações.

O art. 8º da Lei em comento nada diz sobre a garantia do contraditório, apesar disso, é evidente que o incidente relativo à introdução do resultado da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, em autos apartados apensados aos do inquérito ou do processo, deverá ser necessariamente conduzido em contraditório, nos termos do disposto no art. 5º inciso LV da C.F., contraditório deferido, em face da natureza cautelar – assecuratória da prova -, da ordem de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, o qual deve instaurar-se tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações.

As diligências são sigilosas, arts. 1º caput e 8º caput da Lei em comento, a violação constitui delito, art. 10 da Lei em comento, o segredo de justiça diz respeito somente aos autos do apenso, não alcançando o processo principal, o sigilo das diligências, em relação ao defensor, só pode ocorrer em se tratando de investigação

criminal no inquérito policial. E na instrução criminal? MARIA LÚCIA KARAN³³ entende que:

“em juízo, vigem os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo vedado que se produza prova à revelia do réu, ferindo a regra do devido processo legal”,

há de ver-se, entretanto, que nenhum resultado positivo seria obtido se, iniciada a diligência da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA na fase judicial, tivesse a autoridade de dar imediata ciência ao defensor do acusado.

8.1 – PARÁGRAFO ÚNICO – APENSAMENTO

Tratando-se de inquérito policial o apensamento da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA e eventual transcrição, ocorrerão em autos apartados, que só se realizará imediatamente antes do relatório da Autoridade Policial, art. 10, parágrafo 1º do C.P.P., cabendo a esta autoridade a tal prova se referir em seu relatório. Mas em se tratando de indiciado preso, pode ser que isso ocorra depois ou que a autuação separada seja diretamente encaminhada ao Juiz; não se pode esquecer que em se tratando de indiciado preso o inquérito policial tem de estar concluído em 10 dias.

Na hipótese de a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA se realizar durante a instrução processual penal, para servir de prova em determinado processo, têm-se que o apensamento só correrá:

a)- art. 407 do C.P.P. – por ocasião da conclusão dos autos ao Presidente do Tribunal do Júri, após o oferecimento das alegações finais pelas partes, para o despacho ordenatório de diligências.

³³ KARAN, Maria Lúcia – in **Interceptação de Comunicações Telefônica: o Estado máximo, vigilante e onipresente**, in Enfoque Jurídico nº 1, Brasília, TRF 1ª Região – suplemento do informe TRF – dez./06 – p.5

b)- art. 502 do C.P.P. – por ocasião da conclusão dos autos ao Juiz, para sentença nos processos de competência do Juiz singular, após o oferecimento das alegações finais pelas partes, podendo o Juiz ordenar diligências.

c)- art. 538 do C.P.P. – por ocasião da conclusão dos autos ao Juiz, para determinar que se proceda às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, designando para um dos 08 (oito) dias seguintes a audiência de julgamento, nos processos sob o rito sumário.

Os momentos indicados pela Lei em comento, para o apensamento da prova produzida pela INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, são inteiramente inadequados:

a)- Quanto ao inquérito policial, a previsão legislativa impede qualquer manifestação produtiva do indiciado, que poderia produzir alegações e provas a respeito do resultado da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, inclusive no tocante à sua autenticidade e à veracidade da voz, não tem sentido alijar o indiciado do conhecimento de prova que pode ser de importância vital para seus interesses.

b)- No processo jurisdicional não há porque protelar o contraditório para o momento das diligências dos arts. 407 e 502 do C.P.P., já a referência ao art. 538 do C.P.P., relativo ao procedimento sumário é equivocada, tendo em vista que este dispositivo disciplina o despacho saneador nas ações penais por crimes apenados com detenção, que nos termos do art. 2º inciso III da Lei em comento não permitem a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

8.2 – RECURSO – DIREITO DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO DIFERIDO

Embora a Lei em comento não diga, as decisões proferidas no incidente de apensamento serão apeláveis, enquadrando-se na previsão do art. 593 inciso II do

C.P.P., decisões definitivas, ou com força de definitivas, assim entendidas, dentro outras, as que resolvem o mérito de questões incidentais.

No direito comparado, logo que concluída a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, em muitas legislações está previsto o dever de notificação ao investigado ou mesmo a terceiros, dando-lhes ciência das provas colhidas, e desse modo às pessoas afetadas podem, não só conhecer o que foi captado, senão sobretudo, defender seus direitos ou exercer com maior liberdade o direito de ampla defesa, no nosso *ius positum* nada semelhante foi previsto, mas o resultado final não pode ser diferente.

Se porventura a possibilidade de acesso à prova com a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA só se tornasse viável após o apensamento da autuação apartada aos autos principais, inteira razão assistiria a ROBERTO DELMANTO e ROBERTO DELMANTO JUNIOR³⁴ na censura que endereçam à Lei, salientando a flagrante violação ao princípio da ampla defesa, que se vê surpreendida com uma prova juntada aos autos nas alegações finais, mas essa não é a única interpretação possível do dispositivo legal, basta não confundir a determinação de apensamento da autuação separada com o direito de ampla defesa e contraditório, não é porque a prova está em autos apartados que os interessados diretos – Ministério Público, Juiz, Acusado, Defensor -, não contam com a possibilidade de conhecê-la, vê-la.

A doutrina nacional ainda não encontrou um denominador comum no que diz respeito ao momento em que os interessados, sobretudo indiciado ou acusado e seu

³⁴ DELMANTO, Roberto e DELMANTO JUNIOR, Roberto – in **A permissão constitucional e a nova Lei de Interceptação Telefônica**, em Boletim IBCCrim n. 47 – p.2

defensor, podem ter acesso à prova obtida com a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DAMÁSIO E. DE JESUS³⁵ distingue duas situações:

“prova colhida dentro do processo e prova colhida na fase de inquérito, naquela o conhecimento deve dar-se após a produção do documento; nesta hipótese, após a citação do réu”, ANTONIO SCARANCA FERNANDES³⁶ entende que: “as partes devem saber dessa prova antes das alegações finais”, VICENTE GRECO FILHO³⁷ vai mais longe: “se na fase de inquérito o indiciado quer impetrar Habeas Corpus, já tem o direito de acesso à prova colhida”.

Impõem-se os levantamentos do segredo frente ao investigado porque só assim se permite à preparação do contraditório, e, sobretudo, o direito de ampla defesa, em suma, em todo momento da instrução, o acusado tem o direito líquido e certo de contrariar a prova colhida e de defender-se amplamente, entretanto, quando estamos diante de medidas cautelares *inaudita altera pars* a parte contrária só poderá contraditá-la depois de sua concretização, a isso a doutrina dá o nome de contraditório diferido ou postergado ou adiado ou posticipato, e não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade nesse retardamento do contraditório, desde que efetivamente presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni iuris* e *peiculum in mora*.

9 – ARTIGO 9º

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

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

³⁵ JESUS, Damásio E. de – in **Interceptação de comunicações telefônicas**, publicado na RT 735 – p. 458/473

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance – in **A Lei de Interceptação Telefônica, em Justiça Penal** – n.4 – Ed. RT – São Paulo – 1997 – p.59

³⁷ GRECO FILHO, Vicente – in **Interceptação Telefônica** – São Paulo - Ed. Saraiva – 1996 – p.37

Concluiu-se que mesmo a gravação obtida por meio de INTRECEPTAÇÃO TELEFÔNICA que não interesse como prova deverá ser remetida pela Autoridade Policial ao Juiz, art. 6º parágrafo 2º da Lei em comento, cumprindo a esse através de decisão judicial, que deverá ser fundamentada por exigência constante do art. 93 inciso IX da C.F., determinar a inutilização da gravação mediante a destruição da respectiva fita que tenha procedido a tal gravação.

A inutilização da gravação que não interessar à prova, por qual motivo for dependerá de pedido feito pelo Ministério Público ou da parte interessada, pelo que à luz do dispositivo legal, não caberá tal providência *ex officio*, não se outorgou também legitimidade para tal pedido à Autoridade Policial, a parte interessada deve ser entendida como a pessoa indiciada no inquérito policial ou acusada na instrução processual penal, a quem competirá também fazer o pedido de inutilização, através de advogado legalmente habilitado e constituído, ainda que somente para tal fim.

9.1 – PARÁGRAFO ÚNICO – INCIDENTE DE INUTILIZAÇÃO - RECURSO

O incidente de inutilização da gravação que não interessar à prova, será assistido pelo Ministério Público, não se trata de faculdade, mas sim obrigatoriedade de tal presença, já a presença do acusado ou de seu representante legal é facultativa, devendo, contudo, ser esse cientificado do dia e hora em que será realizada tal inutilização, que deverá contar com a presença do Juiz, devendo se lavrar um auto de tal providência, que ficará juntado no pedido de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Embora a Lei em comento não diga, as decisões proferidas no incidente de inutilização serão apeláveis, enquadrando-se na previsão do art. 593 inciso II do

C.P.P., decisões definitivas, ou com força de definitivas, assim entendidas, dentre outras, as que resolvem o mérito de questões incidentais, quanto ao terceiro interessado, por não fazer parte do processo, só resta o Mandado de Segurança.

10 – ARTIGO 10

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

Pena: Reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Antes de comentar o dispositivo, é conveniente lembrar as advertências de MANOEL PEDRO PIMENTEL³⁸, quanto à interpretação das normas penais da legislação penal especial, quais sejam:

- a)- a descrição típica deve ser considerada não como uma simples referência indicadora de antijuridicidade, mas como comportamento selecionado merecedor de repressão penal, excluindo, portanto, da incriminação comportamento não previstos ou insignificantes;
- b)- há que se considerar, no caso de tipos omissivos, o conceito normativo da omissão, baseado no dever jurídico de evitar o resultado;
- c)- há que se considerar a exclusão da causalidade em virtude de causa superveniente relativamente independente;

³⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro – in **Tipicidade e Crimes Contra o Sistema Financeiro** – Revista da Ordem do Advogados do Brasil – primavera/89.

d)- há que se considerar, como demonstrou a teoria finalista da ação, que o dolo e a culpa encontram-se no tipo, acentuando-se a importância dos elementos normativos e subjetivos nele contidos;

e)- há que se considerar que a predominância de normas penais em branco impõe a correta definição dos conceitos da legislação extrapenal, que integram o tipo, sob pena de se violar o princípio da legalidade.

Com essas cautelas, examinaremos o crime definido na Lei em comento, que da mesma forma como se atribui à legislação ordinária a tarefa de descrever os fatos que configurem crime de violação de COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, lhe é concedida a de disciplinar os casos em que se admite a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, por isso, seguindo a orientação de outras legislações, o art. 1º permite-se em determinados casos, o art. 2º a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, prevendo a autorização judicial como causa de excludente da tipicidade, e o art. 10 descrevendo o tipo legal, que contém elementos normativos que restringem a incriminação, de modo que não são alcançados pela norma penal os fatos em que o sujeito age licitamente autorizado pela Justiça.

Esse tipo penal veio substituir o tipo penal previsto no art. 56 do Código Brasileiro de Telecomunicações e o art. 151 parágrafo 1º inciso II do Código Penal, que foram derogados tacitamente.

O novo tipo penal descreve duas condutas distintas:

a)- a de interceptar a COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA, de informática ou de telemática;

b)- a divulgação de seu conteúdo – quebra do segredo de justiça.

Na conduta de interceptação, o verbo interceptar indica que terceira pessoa, desconhecida por ambos os interlocutores, imiscui-se na comunicação, não havendo necessidade de a mesma ser gravada, basta a simples escuta ou visão da comunicação para que o crime seja consumado, o referido delito é impróprio, podendo se cometido por qualquer pessoa, à tentativa é admitida quando alguém é surpreendido instalando a aparelhagem para a interceptação.

Na quebra de segredo atinente ao conteúdo da interceptação, é delito instantâneo e próprio, só podendo ser praticado pelo funcionário público, no sentido amplo do art. 327 do C.P., que se encontra, de alguma forma, vinculado ao procedimento de INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA; o delito se consuma no momento em que o conteúdo da interceptação é revelado a terceiro não envolvido no procedimento ou no processo.

Temos, em ambas as condutas, um elemento normativo do tipo – sem autorização judicial -, e um elemento subjetivo do tipo – com objetivos não autorizados em Lei -, esses elementos são alternativos, bastando um deles para que o delito esteja tipificado, trata-se de delito doloso e tem natureza permanente permitindo, portanto, a prisão em flagrante delito enquanto a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA está sendo feita ou no início de sua execução – tentativa -, admite-se a co-autoria ou participação.

10.1 – CONDUTAS TÍPICAS

10.1.1 – REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

O crime consiste em realizar INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, isto é, captar, ter ciência, tomar conhecimento de comunicações alheias, não é preciso divulgar, não é preciso revelar o teor do que foi captado, hipótese em que evidentemente o delito resulta agravado, aumenta a censura a reprovação³⁹, cuida-se de crime de forma livre, isto é, pode-se concretizar a interceptação por qualquer modo ou meio tecnológico, sendo certo que muitos são de fácil acesso nos dias atuais, não só a comunicação telefônica tradicional – conversação -, está tutelada, qualquer tipo de comunicação telefônica, com uso ou não de informática, está sob a égide protetiva da Lei em comento, também as comunicações telemáticas, que independem do uso da telefonia estão sob o seu manto protetor.

10.1.2 – REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO COM OBJETIVOS NÃO AUTORIZADOS EM LEI

Essa conduta pressupõe autorização judicial precedente, criminalizou-se, destarte, também o desvio de finalidade, consoante o art. 5º inciso XII da C.F. e o art. 1º da Lei em comento, que só cabe INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, se alguém se vale de uma autorização judicial para alcançar objetivos não previstos em lei, objetivos distintos dos mencionados, como por ex. espionagem industrial, infidelidade matrimonial, fins políticos ou partidários, etc., estará incorrendo em desvio de finalidade e isso também configura crime.

³⁹ GONZÁLES GUITIÁN, Luiz – in **Proteccion Penal de La Intimidad y Eschuchas Clandestinas**, em Revista de Derecho P[ublico – Madri – 1986 – p.71.

10.1.3 – QUEBRA DE SEGREDO DE JUSTIÇA

O que o legislador pretende é não só que haja ingerência na comunicação alheia, senão também que todo o procedimento da interceptação, assim como as diligências, gravações e transcrições fiquem em sigilo: segredo externo e publicidade interna restrita. Quebrar segredo de justiça significa infringir, violar ou transgredir o segredo imposto por Lei, para a tutela de bens relevantes.

Dois bens jurídicos são tutelados com esse crime: no primeiro momento, o direito à segurança, o Estado, quando presentes todos os requisitos legais, para reprimir alguns delitos, conta com o direito de interceptar COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS ou telemáticas alheias com o fim de obter provas; e quando é determinada essa interceptação ela se realiza sob segredo de justiça, em razão do risco de não alcançá-la caso haja publicidade; num segundo momento, o direito ao sigilo das comunicações, além da honra, do bom nome, imagem, etc., de todos os investigados e terceiros que se envolvem nas comunicações interceptadas, a violação – quebra – do segredo de justiça, no primeiro momento frustraria a obtenção de uma prova; no segundo configura ofensa à liberdade de comunicação alheia.

O crime de quebra de segredo de justiça descrito na Lei em comento em seu art. 10 só se refere ao procedimento da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ou telemática ou ao seu resultado, é Lei especial em relação aos arts. 325 e 154 do C.P. e Lei especial derroga a Lei geral, é impossível o concurso entre o Art. 10 da Lei em comento e qualquer desses delitos, o objeto material é o procedimento da INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, mais precisamente desde o momento da

autorização judicial – art. 1º -, assim como as diligências, as gravações e transcrições resultantes – art. 8º.

10.2 – ELEMENTOS NORMATIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO PENAL

Elemento normativo ‘sem autorização judicial’, havendo autorização judicial a conduta é atípica, a única INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA possível hoje, destarte, é a autorizada, fora disso, a conduta é típica e, salvo a presença de uma causa excludente de ilicitude, crime.

A autorização tem que existir no momento da conduta, se vem depois, não afasta o delito, ressalvada alguma excludente da ilicitude.

Na INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ilícita e na quebra do segredo de justiça o elemento subjetivo é o DOLO – eventual ou direto -, que consiste na consciência de que se intercepta comunicação alheia e vontade de ter ciência, ter conhecimento do seu teor e na consciência de que existe segredo de justiça vinculado com uma INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA e sua vontade de quebrar, de violar, de infringir esse segredo, não existe a forma culposa – negligente.

11 – ARTIGO 11

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

A Lei nº 9296/96 é de eficácia imediata, inexistindo período de *vacatio legis*, a regra do art. 1º da L.I.C.C. não se aplica *in casu*, como sua publicação em Diário

Oficial da União ocorreu em data de 25 de julho de 1996, têm-se que a partir de tal data a Lei em comento encontra-se em pleno vigor, passando-se, pois, a se admitir a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, desde que feita com observância dos dispositivos constantes da Lei.

12 – ARTIGO 12

Art. 12 – Revogam-se as disposições em contrário

Não se explicitou qual ou quais as disposições que estariam revogadas, pelo que há de se entender que existindo qualquer disposição que contrarie os termos da LEI em comento, essa está revogada, não mais produzindo qualquer efeito.

CONCLUSÃO

Um dedicado amigo da verdade reconhece que a certeza, que necessariamente o contenta, não escapa ao vício da imperfeição humana; que é sempre lícito supor o contrário daquilo que consideramos verdadeiro. Enfim, a fecunda imaginação do cético, atirando-se ao possível, encontrará sempre cem razões de dúvida. Com efeito, em todos os casos se pode imaginar uma combinação extraordinária de circunstâncias, capazes de destruir a certeza adquirida. Porém, a despeito dessa possível combinação, não ficará o espírito menos satisfeito, quando motivos suficientes sustentarem a certeza, quando todas as hipóteses razoáveis tiverem sido figuradas e rejeitadas após maduro exame; então o Juiz julgar-se-á, com segurança, na posse da verdade, objeto único de suas indagações; e é, sem dúvida, essa certeza da razão, que o legislador quis que fosse a base para o julgamento.

A Lei nº 9296/96 é uma garantia para todos, porque fixa os limites e as fronteiras para o exercício dos correspondentes direitos, a Lei e a Constituição Federal traçam as bases do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qualquer restrição de um direito fundamental, em consequência, só vale se prevista em um texto jurídico, no que concerne, especificamente ao mencionado art. 5º inciso XII da C.F., aliás, além da pura legalidade, a doutrina nele vislumbra a exigência de uma reserva legal qualificada, isto é, não só era preciso uma lei para limitar o direito ao sigilo das COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, senão, sobretudo fazia-se necessário sua estrita vinculação aos requisitos estabelecidos na Constituição.

A Lei em tela deve ser aplicada tendo em conta, primordialmente, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a preocupação, assim, não é tanto com a Lei, mas com o uso/interpretação que venha a ser dada à Lei, até porque, abstratamente, nada significa, sendo seu sentido atribuído/adjudicado dogmaticamente em um segundo momento.

O direito à prova, embora esteja assegurado na Constituição Federal através dos direitos de ação, defesa e contraditório, não é absoluto. Em qualquer democracia, a ordem constitucional e legal deverá ser obedecida, mormente quando da postulação em Juízo, um dos momentos do Estado Democrático de Direito. De tal forma, embora a busca da verdade real seja o objetivo principal do Processo Penal, certos limites deverão ser obedecidos quando da produção probatória. É que os homens, embora possuam direitos de índole constitucional à produção da prova, tais direitos têm que conviver harmonicamente com outros direitos também de ordem constitucional, de modo que nenhum deles seja irregularmente exercido e venha a colocar em risco a ordem pública e direitos de outrem. Assim, havendo dois direitos de cânone constitucional conflitantes, deverá preponderar aquele de maior valia e que não seja pernicioso à sociedade.

Não há dúvida que a Lei que autoriza a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA aparece em um contexto no interior do qual o discurso sobre a lei e a ordem ganha força diariamente, no imaginário social, a repercussão do problema da criminalidade é superdimensionada e acaba por sustentar uma ideologia do repressivo saneador representado por medidas de caráter meramente instrumentalizador.

A par de todas as conclusões que se dirigem no sentido da proteção da intimidade e da liberdade dos acusados, não se pode perder de vista a terminante advertência de ADA PELLEGRINI GRINOVER, de que⁴⁰ :

“as liberdades não se prestam a proteger abusos nem acobertar violações”,

é justamente, por não descurar da aplicação justa e eficaz da lei penal no combate à criminalidade, especialmente aquela organizada, que a doutrina e a jurisprudência, no Brasil e no mundo, vêm preconizando a regulamentação precisa das INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, como eficiente instrumento de investigação policial, e contundente meio de prova processual, à altura da sofisticada tecnologia empregada pelos criminosos.

Não devemos esquecer que o processo de interpretação e aplicação da Lei sob comento deve, necessariamente, levar em conta o fato de que, como muito bem assinala MARIA LÚCIA KARAN⁴¹, o vertiginoso desenvolvimento do progresso, com o simultâneo desequilíbrio econômico-social do capitalismo pós-industrial, a trazer a desmedida ampliação do poder do Estado de punir, encerra um interessante paradoxo, ao curiosamente aproximar as formações sociais contemporâneas de suas ancestrais, a revolução científico-tecnológica convive e se identifica com antigas práticas: a INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, integrante da grande escuta, não está distante da sensação de vigilância de forças sobrenaturais que sustentou provas no Processo Penal de outras eras; os avanços da ciência e da tecnologia acabam por se constituir no moderno meio de reconduzir

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini – in **Liberdades Públicas e Processo Penal – As Interceptações Telefônicas** – Ed. Saraiva - 1976

⁴¹ KARAN, Maria Lúcia – in **Interceptação de Comunicação Telefônica – o Estado máximo, vigilante e onipresente** – in: Enfoque Jurídico – nota 28 – p. 5

o indivíduo ao controle de novos seres todo-poderosos e onipresentes, o Estado e seus agentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato – Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas, ambientais e Gravações Clandestinas – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- BANDEIRA, Gustavo – A interceptação do fluxo de comunicações por sistema de informática e sua constitucionalidade – Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 55 p.32/42 abr/jun. 1993
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos – Gravações clandestinas e ambientais. Tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos – Bol. IBCCrim, São Paulo nº 65, p.5/6 abr/98
- Interceptações Telefônicas – Lorena: Stiliano, 2000
- O prazo de duração da interceptação telefônica e sua renovação – Bol. IBCCrim, São Paulo nº 70, p. 8/9 set/98
- CARMO, Pedro do – Acesso ao auto de transcrição das conversas telefônicas interceptadas e segredo de justiça – Revista do Ministério Público, Libsoa nº 94, p. 141/148, abr/jun 2003
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. – Da Prova no Processo Penal – 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996
- CARVALHO, Ivan de Lira – A Regulamentação da Escuta Telefônica – Abordagem primária – Enfoque Jurídico TRF 1ª Região nº 1, agosto/96
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente – Interceptação Telefônica – RJ 232 fev/97
- Doutrina Lei 9296/96 Interceptação Telefônica – in Boletim IBCCrim nº 47 p. 3 out/96
- Interceptação Telefônica em Direito & Justiça – Correio Braziliense de 09/09/06 pg. 01
- CERVI, Mauro Luiz – Provas (i) lícitas e a interceptação telefônica no direito brasileiro – Canoas: Editora da Ulbra, 2003
- CROZAFON, Jean-Luc – A Questão sempre em suspenso do Regime Jurídico das Escutas Telefônicas – Revistas dos Tribunais, 652/251
- CRUZ, Rogério Schetti Machado – Breve Análise da Lei 9296/96 – Enfoque Jurídico TRF 1ª Região, ed. Ago/96
- COSTA JUNIOR, Paulo José da – Agressões à Intimidade – 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997
- DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto – A permissão Constitucional e a Nova Lei da Interceptação Telefônica – Boletim IBCCrim nº 47 p. 02 out/96

- D'URSO, Luiz Flávio Borges – Crimes de Escuta Telefônica – Notícias Forenses – ago/94 p.15
- FERNANDES, Antonio Scarance – A Lei de Interceptação Telefônica – in: Justiça Penal nº 4 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996
- Interceptações Telefônicas: aspectos processuais da nova Lei – in: Boletim IBCCrim especial nº 45 – ago/96
- FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães – Os resultados da Interceptação Telefônica como Prova Penal – in: Revista do Processo, 1996 nº. 44.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco – A Inviolabilidade do Sigilo de Correspondências e a Lei 9296/96 – Boletim Informativo nº 2 da MMP, nov/96
- FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa – A Escuta Telefônica no Brasil – em Direito&Justiça – Correio Brasilense 25/03/96 pg.2
- GOMES, Luiz Flávio – Interceptação Telefônica ‘de ofício’: Inconstitucionalidade – Revista Jurídica, 242/31 – dez/97
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl – Interceptação Telefônica – Lei 9296 de 24.07.96 – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 1997
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães – A violação do Princípio da Proporcionalidade pela Lei 9296/96 – in: Boletim IBCCrim – Edição Especial nº 45 – ago/96
– Direito à Prova no Processo Penal – 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997
- GRECO FILHO, Vicente – Manual de Processo Penal – São Paulo: Saraiva, 1993
- Interceptação Telefônica – considerações sobre a Lei nº 9296 de 24 de julho de 1996– 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- Dez Questões sobre a Lei de Interceptação Telefônica – Boletim Informativo nº 2 EPMP nov/96
- GRINOVER, Ada Pelegrini – O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas – in: RBDCRIM, nº 17 p.115, jan/mar 97
- Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal, in: Novas Tendências do Direito Processual, Ed, Forense Universitária, 1996
Liberdades Públicas e Processo Penal, as Interceptações Telefônicas – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982
- GRINOVER, Ada Pelegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães – As Nulidades no Processo Penal – 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992
- HENTZ, Luiz Antonio Soares – Gravação Clandestina: Prova no Processo Penal, Boletim IBCCrim nº 30 p.04
- JESUS, Damásio Evangelista de – Interceptação de Comunicações Telefônicas – Notas à Lei 9296 de 24.07.1996 – RT.Fasc. Pen. 1997

- Valor da Prova Obtida por Escuta Telefônica – Boletim IBCCrim nº 9 p.24
- Interceptação de Comunicações Telefônicas – RT 735 p. 458/473

KARAN, Maria Lúcia – Interceptação de Comunicação Telefônica: o Estado, Máximo, Vigilante e Onipresente – in: Enfoque Jurídico nº 1, Brasília, TRF 1ª Região, suplemento do Informe TRF dez/96

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira – Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96 – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 23 p. 187/196 abr/jun 98

MACHADO, Agapito – Sivam-Grampo Telefônico – Boletim IBCCrim nº 38 p.1

- Prova Ilícita por derivação – Boletim IBCCrim nº 26 p.3
- Lei 9296/96 e as interceptações de dados no sistema de informática e telemática – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 20 Bauru, p. 365/368, dez/mar 98

MALATESTA, Nicola Framarino Del – A lógica das Provas em Matéria Penal – Vol. I Conan, tradução da 3ª ed., 1995

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira – Direito à intimidade e interceptações telefônicas, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999

MIRABETE, Júlio Fabbrini – A Interceptação das Conversas Telefônicas e os Ilícitos Penais, in: Enfoque Jurídico nº 1, Brasília – TRF, ago/96

MORAES, Alexandre de – A Constitucionalidade do Parágrafo Único do art. 1º da Lei 9296/96 (Interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática) – in: Boletim Informativo do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de São Paulo, nº 04 e Bol. IBCCrim, São Paulo nº 54 p. 5 maio/97

- Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas, a divergência entre o S.T.F. e o S.T.J., in: IBCCrim nº 44 ago/96

MOREIRA, José Carlos Barbosa – Adultério, Prova, Interceptação e Gravação de conversas telefônicas – Revistas dos Tribunais, 286/270

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis – Interceptação Telefônica: breves reflexões in: Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº 21 p. 411/412 jan/mar 98

OLIVEIRA, Régis Fernandes – A prova colhida em Fita Magnética – RT 643 p. 25 e ss.

- PARIZATTO, João Roberto – Comentários à Lei 9296, de 24-07-96 – São Paulo: Ed. De Direito, 1996
- PATRÍCIO, Marta – Sigilo das telecomunicações: uma análise comparada, - Sub Judice – Justiça e Sociedade – Coimbra, nº 15/16 p. 165/169 jun/dez 99
- PITOMBO, Sérgio M. de Moraes – Sigilo nas Comunicações – Aspecto Processual Penal – in: Boletim IBCCrim nº 49 p. 7 dez/96
- PRADO, Geraldo – A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos – Bol. IBCCrim, São Paulo, nº 55 p. 13/14 jun 97
- QUEIROS, Carlos A. Marchi de – A Teoria da árvore dos Frutos Envenenados – Boletim IBCCrim nº 30 p.08
- RANGEL, Paulo – Breves considerações sobre a Lei 9296/96 Interceptação Telefônica – Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 26 p. 143/151 abr/jun 99
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros – A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro – Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 2000
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. – A Escuta Telefônica Comentários à Lei 9296/96 – RT 737 Março de 1997 – Doutrina Penal Segunda Seção.
- STRECK, Lenio Luiz – As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais, Constituição, Cidadania, Violência, a Lei 9296/96 e seus reflexos Penais e Processuais – Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2001
- A Escuta Telefônica e os Direitos Fundamentais: as necessárias cautelas – Enfoque Jurídico TRF 1ª Região ago/96
 - Escuta Telefônica e os Direitos Fundamentais: O direito à interceptação e a interceptação dos direitos- in: Revista Jurídica – Porto Alegre: Ed. Síntese, out/96

PESQUISA DE CAMPO – ENTREVISTAS REALIZADAS EM AGOSTO/2007

- Dr^a SUZANA MASSAKO HIRAMA LORETO DE OLIVEIRA – Juíza de Direito em exercício na Vara Criminal da Comarca de Piraquara/PR, membro do corpo docente da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo Curitiba.

- Dr^o ALFREDO DIB JUNIOR – Delegado de Polícia Judiciária do Departamento da Polícia Civil do Estado do Paraná.

- Dr^o FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI – Promotor de Justiça em exercício no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, membro do corpo docente da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo Curitiba.