

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA

**A LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS BRASILEIRA: GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES DE ALTERAÇÃO**

CURITIBA
2010

KATYANY KARYNE DE OLIVEIRA

**A LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS BRASILEIRA: GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES DE ALTERAÇÃO**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor Pedro Luis Sanson Corat.

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

KATYANY KARYNE DE OLIVEIRA

A LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS BRASILEIRA: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES DE ALTERAÇÃO

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

ORIENTADOR: _____

Professor Pedro Luis Sanson Corat

AVALIADOR: _____

Professor

AVALIADOR: _____

Professor

Curitiba, 05 de dezembro de 2010.

Trabalhe, como se tudo dependesse de você.
Confie, como se tudo dependesse de Deus”.

Santo Inácio de Loyola

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO I – NOÇÕES CONSTITUCIONAIS	
1. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE SIGILO.....	08
2. AS PROVAS ILÍCITAS.	10
2.1. Prova ilegal e prova ilícita.....	11
3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	13
4. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	17
CAPÍTULO II – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	
1. HISTÓRICO	20
2. DEFINIÇÃO.....	23
3. A LEI nº 9.296/96	28
4. A INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL	47
5. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA ILÍCITA	50
6. PROJETOS DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVA	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59
ANEXO I – Lei nº 9.296/96.....	61
ANEXO II – Lei nº 9.034/95.....	64
ANEXO III – Substitutivo do PL nº 1.258/95.....	69
ANEXO IV – Comparativo entre a Lei nº 9.296/96 e o PL nº 1.258/95.....	80

RESUMO

O presente trabalho analisa a Lei de Interceptações Telefônicas brasileira – Lei nº 9.296/96 – a partir da observação da estrutura de seus artigos e trabalhando sobre a ideia da utilização das provas obtidas por esse meio de investigação de modo que as mesmas não venham a ser consideradas como ilícitas maculando assim toda uma investigação criminal. Ainda, trata das proposições legislativas de sua alteração como forma de serem sanadas falhas apontadas pela doutrina e jurisprudência em sua redação e interpretação.

Palavras-chave: interceptações telefônicas; Lei nº 9.296/96; Projeto de Lei nº 1.258/95; provas ilícitas; investigação criminal.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é uma análise inicial acerca da Lei nº 9.296/96, responsável por regulamentar o artigo 5º, XII, da Constituição Federal brasileira¹.

A ideia preliminar é a realização de estudo acerca das noções constitucionais, enfatizando a importância das garantias de sigilo encartadas pela Constituição da República de 1988 e a sua inviolabilidade, salvo nos casos, excepcionais, em que a própria Carta Magna permitir.

Permanecendo sob o enfoque constitucional, necessária se mostra a abordagem da questão das provas ilícitas, vedadas pela nossa ordem constitucional, ante a tênue linha entre a licitude e a ilicitude da interceptação telefônica, que, sendo uma clara violação lícita e permitida às garantias constitucionais de sigilo, necessita ser juridicamente perfeita para não recair em prova ilícita. Ainda, analisar-se-á a teoria da provas ilícita por derivação, pois de uma interceptação telefônica ilegal podem surgir diversas provas lícitas ao processo, mas que por estarem contaminadas pela primeira medida, serão descartadas.

Busca-se, ainda, o exame da interceptação telefônica e sua história recente, desde quando a matéria era disciplinada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações até a publicação da Lei 9.296/96, a qual em seu tempo encerrou com a controvérsia da recepção ou não do Código Brasileiro supracitado pela Constituição da República de 1988, analisando-se a

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Lei 9.296/96, tendo em vista que esta, apesar de dirimir antigas controvérsias, trouxe novas polêmicas, com seu texto ambíguo e deveras discutível em termos de redação.

Finalmente, tendo como base as decisões que deferem a medida ora em análise, trabalharemos ainda acerca da ideia do princípio da proporcionalidade, que deve ser concretizado pelo Magistrado quando a ele cabe “escolher”, com fulcro no juízo de razoabilidade, entre dois valores constitucionais: a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos e o interesse social na apuração precisa e correta da verdade processual.

CAPÍTULO I – NOÇÕES CONSTITUCIONAIS

1. Garantias Constitucionais de Sigilo

Como decorrência do direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, inciso X da CF/88²), surgem as garantias de sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica, de dados bancário e fiscal e de comunicação telefônica, elencados pelo artigo 5º, XII, da nossa Constituição Federal, conforme já salientado.

Conforme leciona o mestre José Afonso da SILVA,

A Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do *caput* do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no *caput* como reflexo ou manifestação deste³.

Ainda, Alexandre de MORAES ensina que essas garantias possuem o desiderato de "proteger o homem contra:

² Artigo 5º, inciso X da CR/88 – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 205, 206.

- I. a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica;
- II. a ingerência em sua integridade física ou mental ou em sua liberdade intelectual e moral;
- III. os ataques à sua honra e reputação;
- IV. sua colocação em perspectiva falsa;
- V. a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade;
- VI. uso de seu nome, identidade ou retrato;
- VII. a espionagem ou espreita;
- VIII. a intervenção na correspondência;
- IX. a má utilização de informações escritas e orais;
- X. a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.”⁴

Essas garantias, tendentes a proteger o cidadão contra a interferência alheia, funcionam em nosso ordenamento como cláusulas pétreas, pois se encontram dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, protegidos de eventuais emendas à constituição (art. 60, §4º, inciso IV da CR/88⁵).

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

O objetivo do presente trabalho é justamente a análise da exceção, aqueles casos em que o sigilo do cidadão pode ser quebrado, com autorização da Carta Magna, para obtenção de provas em instrução processual penal.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997, pág. 68.

⁵ Artigo 60, §4º, inciso IV da CR/88 – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

2. As Provas ilícitas

A utilização, no direito processual brasileiro, das provas obtidas por meios ilícitos é expressamente vedada pelo artigo 5º, inciso LVI⁶, da Constituição da Federal. Tal vedação tem como objetivo a preservação dos princípios que informam o sistema jurídico-processual brasileiro.

Assim, resta como evidente a necessidade de verificação se as interceptações telefônicas violam ou não as garantias dos cidadãos estampadas pela Constituição Federal e, de modo mais preciso, *quando e em que hipóteses* tal violação se configura.

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

⁶ Artigo 5º, inciso LVI da CR/88 - “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

2.1 – Prova ilegal e prova ilícita

De acordo com Ricardo RABONEZE⁷, citando Pietro NUVOLONE, há, basicamente, duas noções acerca do conceito de prova quando da análise das provas ilícitas:

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

Tal entendimento é consubstanciado por Luis Alberto Thompson Flores LENZ⁸:

Segundo estes, a prova **ilícita** é a que contraria normas de Direito Material, quer quanto ao **meio** ou quanto ao **modo** de **obtenção** da

⁷ RABONERZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 4ª ed. rev. e amp. – Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p.19.

⁸ LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. *Os meios moralmente legítimos de prova*. In: RT, 621, p.273 a 282.

prova em juízo. Já a prova **ilegítima** é aquela que afronta normas de direito **processual**, tanto na sua **produção** quanto na **introdução** da prova em juízo. (sem grifos no original)

Neste tema, ressalte-se, ainda, a importante lição dos professores Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, segundo os quais

A admissibilidade e a produção da prova têm relação com os planos dos direitos material e processual. Uma prova pode ser indevidamente – ilicitamente – admitida no processo, em violação ao direito processual, e uma prova ilícita no plano do direito material pode ser indevidamente – e mais uma vez ilicitamente – admitida no processo. De outra parte, uma prova pode ser produzida mediante violação ao direito material ou em desrespeito ao direito processual.⁹

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 384.

3. Princípio da proporcionalidade

A teoria da proporcionalidade é aquela pela qual analisa-se, no sistema em que não se admite a utilização da prova ilícita, em cada caso concreto, por meio de uma ponderação principiológica, possibilidade de utilização daquela prova, como forma de serem preservados determinados bens e valores dignos de proteção.

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

Entretanto, tal aplicação desses princípios é muitas vezes impugnada, como na lição do eminente professor Luis Roberto BARROSO, segundo o qual

A Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita.¹⁰

A teoria da proporcionalidade, por Luiz Francisco Torquatto AVOLIO¹¹, consiste em construção doutrinária e jurisprudencial que surge em

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 346.

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

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

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

A jurisprudência brasileira tem adotado tais aspectos quando de suas decisões. Como ilustração, podemos citar decisão proferida no ano de 2002 pelo Superior Tribunal de Justiça, que enfatiza:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SIGILO TELEFÔNICO – ADVOGADO – QUEBRA – I – Decisão Judicial fundamentada, com apoio na Lei nº9.296/96, determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal. II – A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que

¹¹ AVOLIO, Luiz Francisco Troquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. Rio de Janeiro: RT, 1995, p.58.

denotem a existência de um interesse público superior, especificadamente, a fundada suspeita da prática da infração penal. Recurso Desprovido. (STJ – ROMS 10857 – (199900384342 – SP – 5ªT. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 02.05.2000 – p. 00152).

Ou seja, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é que as provas obtidas por meios ilícitos são vedadas pela Constituição da República, sendo essa vedação o limite ao direito de prova da representação dos fatos. Se inexistisse tal limite, o procedimento poderia abarrotar-se de nulidades derivadas do uso de tais provas, tornando, assim, inútil todo o procedimento realizado.

Antes da Constituição de 1988, o âmbito penal, acerca da vedação do uso de provas obtidas por meios ilícitos, regia-se em analogia pelo disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro, que considerava as provas como ilegais ou moralmente ilegítimas.

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

Com a promulgação do novo texto constitucional e o surgimento da vedação expressa do uso de provas obtidas por meios ilícitos, com caráter principiológico dentro dos direitos e garantias individuais, surge a necessidade do manejo e da aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme sustentamos acima.

Tal princípio concede ao juiz a possibilidade de, não ultrapassando o limite do razoável, colocar em uma balança os interesses em questão (direito de prova *versus* vedação da utilização de provas ilícitas),

podendo, em certos casos excepcionais (e aqui, o risco de se transformar exceção em regra e regra em exceção), admitir a prova ilícita para seu convencimento, abstraindo de sua origem, com a finalidade de, e exclusivamente, proteger valores (verdade processual) que de outra maneira, verificar-se-iam inalcançáveis e sacrificados.

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

4. Provas ilícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas de maneira aparentemente lícita, sem vícios que importem em sua nulidade, mas que, por uma análise mais apurada de sua origem, percebe-se que só pôde ser produzida a partir de informações retiradas de outra prova, obtida por meio ilícito.

Trata-se, neste caso, dos *frutos da árvore envenenada*, que advém da doutrina norte-americana, da teoria conhecida como *the fruit of the poisonous tree*.

A questão põe em xeque que as provas derivadas da ilícita também devem ser reputadas ilícitas. Parece-nos tal constatação óbvia, que traz, entretanto, o problema de se saber quando que uma prova está ligada à outra de modo a se contaminar por sua ilicitude.

Segundo os professores MARINONI e ARENHART, *parece prudente seguir os passos da doutrina e da jurisprudência espanholas, que supõem que a solução da problemática está em saber se a prova questionada como derivada teria sido produzida ainda que a prova ilícita não tivesse sido obtida. Galvéz Muñoz, para demonstrar essa questão, alude ao seguinte julgado do Tribunal Supremo Espanhol: a ineficácia de uma diligência não retira a validade de outra prova, salvo quando essa última guardar uma relação direta com aquela, de tal modo que sem a primeira a segunda (a prova) não existiria.*¹²

Salientam ainda os professores que nem sempre é fácil concluir se a segunda prova teria sido produzida na ausência da prova ilícita ou se

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 394.

existisse uma conexão causal contaminante entre as duas provas. Assim, acabou-se por sustentar na doutrina espanhola que não basta um nexos natural com a prova ilícita para a exclusão da segunda prova, pois é preciso a existência de um nexos jurídico ligando as duas.

Assim, Galvéz Muñoz, em citação de MARINONI, termina por explicar que é preciso demonstrar, quando se pretende a atuação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que a sua aplicação cumpre a função que com ela se persegue, pois, em caso contrário, a limitação da verdade processual e a proteção dos valores que tal teoria objetiva serão totalmente inúteis e desprovidos de justificação (*in La ineficacia de la prueba obtenida com violación de derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003, p.178).

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, Corte máxima do nosso Judiciário, em regra inadmite a utilização das provas ilícitas por derivação no processo. Como exemplo desse entendimento, observe-se o acórdão redigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no ano de 1993, quando sequer existia a Lei nº 9.296/96, mas que demonstra bem o pensamento da Suprema Corte quanto às provas ilícitas por derivação:

*Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: a afirmação pela maioria da exigência de Lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecida, possa o juiz, nos termos do art.5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser possível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; (...) – **contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nos quais se fundou a condenação do paciente.***

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de habeas corpus para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive. (sem grifos no original)

Entretanto, o STF admite a sua utilização quando a prova ilícita não contaminou as provas utilizadas na fundamentação da condenação do réu, nos termos da teoria espanhola adotada e explicitada pelo professor Muñoz.

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA ILÍCITA (ART. 5º, INCS. XII E LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – NÃO-CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS LICITAMENTE OBTIDAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE – 1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é o caso de anular a condenação. 2. HC indeferido (STF – HC 74.152-5 – SP – 1ªT. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 08.10.1999 – p.39).

Consigne-se, outrossim, neste momento que a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não admitir a prova ilícita derivada, quando esta encontra-se contaminada pelas provas ilícitas originárias, nos termos da teoria dos frutos da árvore envenenada, conforme já exposto.

Capítulo II – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Encerrada a necessária análise acerca do tratamento das provas ilícitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, entramos agora na análise em concreto da lei das interceptações telefônicas no Brasil, a qual regulamenta a Carta Magna brasileira e busca a efetividade dos procedimentos penais em todo o território nacional.

1. Histórico.

A primeira regulamentação das interceptações telefônicas na história do direito brasileiro veio com o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) que em seu artigo 57, dispunha:

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

II – o conhecimento dado:

(...)

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

(...).

A interpretação de tal dispositivo era no sentido de que mediante requisição ou intimação do juiz era possível a violação da Constituição em vigor à época, a qual assegurava o sigilo das telecomunicações sem restrições ou ressalvas.

Segundo o entendimento de algumas decisões judiciais e de setores da doutrina da época, isso era possível face à sustentação de compatibilidade entre a Lei nº 4.117/62, artigo 57, e a Constituição da

República em vigor, visto que nenhuma norma constitucional instituíra direito absoluto, devendo haver tal compatibilização em casos graves.

A polêmica perdurou até o ano de 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Federal, a qual, tratando dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XII, instituiu ressalva ao sigilo das telecomunicações.

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

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

Nesse sentido, as escutas realizadas durante esse lapso temporal eram consideradas ilegais pelo Supremo Tribunal Federal, produzindo, desse modo, provas ilícitas, conforme ementa abaixo:

STF – HC: 69912 (segundo) – Rio Grande do Sul – Relator: Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento 16/12/1993 – Tribunal Pleno – Dju:25-03-94, p. 06.012. Ementa – Prova ilícita: Escuta Telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; (...) conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. (Votação: por maioria. Resultado: deferido.)

Somente com a promulgação da Lei nº 9.296/96 que foi a controvérsia dirimida, trazendo a nova legislação parâmetros normativos aptos à regulamentação infra-constitucional do dispositivo constitucional destacado.

2. Definição.

A interceptação telefônica, em sentido amplo, é caracterizada somente pela intervenção de terceiro (autoridade policial ou outros legitimados) em conversa telefônica entre outros dois interlocutores, efetuando ou não a gravação desta. Caso não seja precedida de autorização judicial, exarada pelos órgãos competentes, que a legitime, é considerada ilegal, recaindo no crime tipificado no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, caracterizando as escutas clandestinas.

Sustenta Ada Pellegrini GRINOVER, que as interceptações telefônicas pertencem

à coação processual *in re* (não porque o respectivo objeto seja concreto, mas porque por seu intermédio se apreendem sinais sonoros, de natureza física); a execução de tais operações é elemento de investigação de busca; seu resultado não é meio, mas sim fonte de prova. Caracterizamos, pois, as interceptações telefônicas como operação técnica que visa a colocar à disposição do juiz o conteúdo de uma conversa telefônica; equipara-se, esta interceptação, à apreensão dos elementos fonéticos que constituem a conversação; tais elementos fonéticos, resultado da operação técnica, configuram fonte de prova (...). Diante disto, não resta dúvida que as interceptações telefônicas exprimem atividade de coação processual real física, assim como as buscas e apreensões e como também as inspeções. Não são meio de prova, mas meios de busca da prova.¹³

Acerca do tema, discorre José Laurindo de Souza NETTO¹⁴:

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 204.

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

Ainda, leciona Alexandre de MORAES, que *interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores (in Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53).*

São as modalidades de interceptação telefônica:

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

¹⁴ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: sistemas e princípios**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.72.

como, por exemplo, em conversa dentro de um escritório, entre supostos estelionatários.

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

Nos casos em que um dos interlocutores da conversa, unilateralmente, sem o conhecimento do outro interlocutor, grava a conversa de ambos, não resta caracterizada a interceptação telefônica (em sentido amplo, regulamentada pela Lei nº 9.296/96) e se houver justa causa para tal, sequer configura crime sua divulgação.

Acerca de tal, Vicente GRECO FILHO¹⁵ discorre:

(...) a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação e nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. (...). A problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou vídeo gravação oculta, da escuta a distância etc. e nada tem a ver com interceptação telefônica.

Ressalte-se que em se tratando de escuta telefônica (item “b”, supra), em que pese a ciência de um dos interlocutores, esta também se trata

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 04-05.

de uma das modalidades da interceptação telefônica, motivo pelo qual também é regulamentada da Lei nº 9.296/96.

Neste sentido, lecionam Luiz Flávio GOMES e Raúl CERVINI, que em *um caso de seqüestro em que a família da vítima está sabendo que o Juiz autorizou a interceptação telefônica. Não é pelo fato de que um dos comunicadores tem ciência da captação que se descaracteriza a interceptação (mesmo porque, repita-se, nesse caso, é um terceiro que está tomando conhecimento do conteúdo da comunicação)* (in **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.105).

A interceptação telefônica é tida como fonte de prova, pois é do resultado da medida que se constata o envolvimento e se pode delimitar a participação e atuação de cada indivíduo no delito que se investiga, ou de outros que podem vir a ser elucidados durante o monitoramento. Visa-se com a interceptação telefônica a produção de uma prova que servirá para instruir a investigação criminal e/ou a instrução processual, consignando-se sempre que o deferimento da medida está condicionado à descrição clara da situação objeto da investigação, indicando-se e qualificando-se, inclusive, os investigados (tidos como “alvos” da operação), salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Esses e outros requisitos, constantes na Lei nº 9.296/96, devem ser necessariamente observados, sob pena de recair em prova ilícita e tornar nulo o ato e qualquer prova posteriormente obtida com informações da interceptação telefônica.

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

Por fim, ressalte-se que no presente trabalho, quando for empregada a expressão “interceptação telefônica”, deve-se entender a interceptação em sentido amplo, com a intervenção de terceiro (autoridade

policial ou qualquer dos legitimados para tal prática), em conversa telefônica (ou ambiental) de outrem, com ou sem gravação. Sua licitude não integra seus elementos constitutivos, de maneira que há interceptações telefônicas legais (quando autorizadas por órgão competente) e interceptação telefônicas criminosas (artigo 10 da Lei nº 9.296/96).

3. A Lei nº 9.296/1996.

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

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

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

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

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

Quanto ao *caput*, nenhuma ressalva há que ser feita, sendo feliz a redação dada pelo legislador, não gerando dúvidas ao intérprete. No que

concerne ao parágrafo único, contudo, surge o primeiro ponto polêmico do texto.

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

Dessa expressão, podem-se fazer duas interpretações:

- a) Que existem dois núcleos, sendo inviolável em primeiro plano “o sigilo de correspondência” e em segundo plano “as comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, sendo a expressão “último caso” aplicável a todas as formas citadas como segundo plano. É a interpretação do legislador da Lei nº 9.296/96.
- b) Que existem vários núcleos, distintos entre si: sigilo da correspondência; das comunicações telegráficas; das comunicações de dados; e das comunicações telefônicas, sendo a expressão “último caso” referente somente às comunicações telefônicas. Parece-nos mais coerente, explica-se abaixo.

Em ambos os casos, por óbvio, fica excluída, constitucionalmente, a possibilidade de regulamentação quanto ao sigilo de correspondência. Quanto a isso, não há dúvidas. Outrossim, como bem ressalta Vicente GRECO FILHO, se a Constituição de 1988 *quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso (in op. cit., p.11).*

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

Não é esse o entendimento de Luiz Flávio GOMES¹⁶:

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

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

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

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

I – não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

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

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

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 173.

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

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

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

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

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

Também há de se analisar, que certos crimes não punidos com reclusão também poderiam ensejar a interceptação telefônica, como o crime de ameaça, ou crime contra a honra, feito por telefone. Nesse óbice, a crítica feita

ao inciso III do referido artigo resta prejudicada (ou invertida), pois, por óbvio, um limite haveria de ser dado, o que, aplicado ao caso concreto, diversas vezes se veria insuficiente (ameaça - detenção) e diversas vezes um exagero (furto simples - reclusão).

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

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

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

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

Neste ponto, importante trazer o ensinamento de Luiz Flávio GOMES¹⁷, que diz que

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 181.

se essa prova pode ser obtida por 'outros meios', não deve o Juiz determinar a interceptação telefônica, que é medida de *ultima ratio*, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade.

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

Vicente GRECO FILHO¹⁸ ressalta que:

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

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

Ocorre que, além do interlocutor "X", agente passivo da interceptação, que está sendo investigado, por exemplo, pelo crime de tráfico de drogas, há o interlocutor "Y", o qual, a princípio, nada tem a ver com o fato e o qual não possui seu direito a intimidade violado face a decisão fundamentada com fulcro na Lei nº 9.296/96 e na Constituição Federal.

Sendo assim, entende a doutrina que a autorização de interceptação telefônica abarca a participação de outro interlocutor no fato que está sendo investigado pela medida supra, sendo este, protegido pelo sigilo das conversas, no caso de nada ter a ver com o crime em investigação.

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

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

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

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

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

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

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

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

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

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

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

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

Não adentrando no mérito do sistema inquisitorial, a abertura da lei para a determinação de interceptação telefônica *ex officio* gerou a crítica da maioria esmagadora da doutrina, a qual, em análise ao espírito da Constituição de 1988, julga ser inconstitucional a manutenção de certos princípios inquisitivos após sua promulgação, face ao caráter explicitamente acusatório dado por esta. Acerca de tal, Luiz Flávio GOMES¹⁹ apregoa:

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

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 199.

Quanto ao Juízo competente para a análise e julgamento do pedido de interceptação telefônica, este é aquele competente para o julgamento do processo crime que venha a ser instaurado.

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

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

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

Acerca desta previsão, o entendimento do doutrinador Guilherme de Souza NUCCI²⁰:

Embora o art. 5º estabeleça o prazo máximo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, constituindo autêntica ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe, ao certo, quanto tempo pode levar uma

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 765.

interceptação, até que produza os efeitos almejados, a jurisprudência praticamente sepultou essa limitação. Intercepta-se a comunicação telefônica enquanto for útil à colheita da prova.

Deste mesmo entendimento compartilha o Doutrinador Vicente GRECO FILHO, dizendo que *a lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser um prazo muito exíguo (in op. cit., p.31).*

A jurisprudência, após muitos julgados, inclusive após declarações de nulidades de muitas operações importantes²¹, acabou por, enfim, posicionar-se também no sentido de que a interceptação telefônica deve ser prorrogada até quando interesse, efetivamente, às investigações, conforme podemos observar das ementas abaixo transcritas:

²¹ Neste momento, importante ressaltar a decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que em 09/09/2008, por decisão no HC nº 76686/PR, de relatoria do Ministro Nilson Naves, acabou por declarar inconstitucional a prova obtida por interceptações telefônicas deferidas pela 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, no famoso 'caso Banestado'. Consigne-se que de tal decisão recorreu o Ministério Público Federal, estando o recurso pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal. A referida decisão está assim ementada: "Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito."

*EMENTA: Recurso Ordinário em Habeas Corpus. 1. Crimes previstos nos arts. 12, caput, c/c o 18, II, da Lei nº 6.368/1976. 2. Alegações: a) ilegalidade no deferimento da autorização da interceptação por 30 dias consecutivos; e b) nulidade das provas, contaminadas pela escuta deferida por 30 dias consecutivos. 3. No caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido nesse dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias. 4. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações.** Precedentes: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006. 5. Ainda que fosse reconhecida a ilicitude das provas, os elementos colhidos nas primeiras interceptações telefônicas realizadas foram válidos e, em conjunto com os demais dados colhidos dos autos, foram suficientes para lastrear a persecução penal. Na origem, apontaram-se outros elementos que não somente a interceptação telefônica havida no período indicado que respaldaram a denúncia, a saber: a materialidade delitiva foi associada ao fato da apreensão da substância entorpecente; e a apreensão das substâncias e a prisão em flagrante dos acusados foram devidamente acompanhadas por testemunhas. 6. Recurso desprovido. **(STF. RHC 88371 / SP. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 14/11/2006. Sem grifos no original).***

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO

PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (STF. HC 83515 / RS. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 16/09/2004. Sem grifos no original).

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

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

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

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

Porém, como bem ensinou o Doutrinador Luiz Flávio GOMES:

Impõe-se realçar desde logo, no entanto, que esse segredo interno (para as partes, mais precisamente frente ao investigado) só perdura durante as diligências, gravações e transcrições. Uma vez constituída a prova (a transcrição é o meio probatório que fixa os fatos no processo) deve ser levantado o segredo frente ao investigado e seu advogado. (...) Do contrário haveria ofensa ao princípio da ampla defesa²².

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

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

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

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

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

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

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

²² Cf. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p.159-160.

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

Sendo assim, o que ao final da investigação for considerado inútil, deverá, com base no artigo supracitado, ser inutilizado. Uma crítica que se faz ao referido artigo é a restrição que este faz (acreditamos que tenha sido por um lapso do legislador) à inutilização somente das gravações realizadas durante a medida.

É claro que a interceptação telefônica não se restringe somente às gravações, pois, como bem observado inclusive nos artigos anteriores da Lei nº 9.296/96, para a plena licitude da medida, é necessária a produção de diversos documentos, devendo, tudo o que não interessar à prova da infração ser inutilizado (e não somente as gravações), com o que se busca proteger o direito à intimidade de todos os interlocutores que eventualmente tenham sido interceptados.

Leciona Luiz Flávio GOMES:

Sendo assim, ao nosso entender, não somente a gravação, senão tudo que não interessa à prova deve ser inutilizado (ou destruído, quando possível). Do contrário, sempre haverá o risco para a privacidade dos comunicadores. E não é isso o que espera o ordenamento jurídico.²³

O artigo 10º da Lei nº 9.296/96 vem para tipificar a conduta de realizar interceptação ilegal ou quebrar segredo de justiça.

²³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, op. cit., p. 234.

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

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

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

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

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

- a) **Sem autorização judicial;** lembrando que a interceptação telefônica sobre a qual versa a lei é a realizada por terceiro face a conversa de 2 interlocutores, sendo assim, com colaboração ou não de funcionário de operadora telefônica, com auxílio da tecnologia ou até mesmo com a anuência de 1 dos interlocutores, sem a autorização judicial, constitui crime interceptar sinal telefônico face ao direito de intimidade garantido pela Constituição da República de 1988. Exemplo: Marido que com ajuda de funcionário da operadora de telefonia, intercepta o sinal telefônico de sua própria casa para descobrir infidelidade da esposa.

- b) **Com objetivos não autorizados em lei;** ou seja, com autorização judicial, mas, com objetivos escusos, desviando a finalidade para a qual a medida fora deferida. Exemplo: O mesmo marido, suspeitando da infidelidade da esposa, a denuncia por tráfico de drogas (e esta é interceptada com autorização judicial) com o desiderato de que as conversas sejam gravadas e ele descubra o adultério. Consignando sempre que as interceptações telefônicas regidas pela presente lei visam apenas busca de provas em procedimentos criminais, não podendo ser utilizadas para provas em processos cíveis.
- c) **Quebrar segredo de justiça;** com o objetivo de resguardar a segurança do Estado de que a medida será efetiva e com o objetivo de resguardar a garantia constitucional de sigilo do cidadão. O sujeito ativo sempre será quem por seu cargo, transmitir ou divulgar a informação que deveria ser mantida em sigilo (art. 8º da Lei nº 9.296/96). Exemplo: Homem é funcionário de cartório, ou de operadora de telefonia, ou do Ministério Público, ou do distrito policial no qual corre a diligência e por seu cargo tem o dever de guardar segredo.

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

O artigo 10º da Lei nº 9.296/96 é taxativo, ou seja, somente nas hipóteses narradas o crime será configurado. É bem óbvio que, caso a

interceptação seja criminosa, ela também será considerada como uma prova ilícita, por não preencher os requisitos autorizadores da medida.

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

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

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

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

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

Importante ressaltar que, todas as interceptações telefônicas deferidas antes da data de entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, ou seja, antes da publicação ocorrida em 25 de julho de 1996, são consideradas ilegais e

recaem, segundo entendimento do STF citado acima, em prova ilícita face a ausência de lei autorizadora.

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

Quanto às revogações, pouco fora efetiva, pois, o entendimento era que o Código Brasileiro de Telecomunicações, antiga legislação a tratar sobre o assunto, sequer teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, então, em alguns termos somente este fora revogado, como por exemplo, na tipificação da captação de comunicação, que agora é tratada pelo artigo 10º da Lei nº 9.296/96.

4. A Interceptação ambiental.

A gravação ambiental é aquela feita da conversa travada ambientalmente, sem utilização de telefone. A interceptação ambiental feita pelo aparelho policial, somente é lícita quando se tratar de organizações criminosas, sendo sempre necessária, e prévia, ordem judicial.

Vicente Greco Filho entende que *tanto a gravação clandestina ou ambiental e a interceptação consentida por um dos interlocutores são irregulamentáveis, pois que fora do âmbito do inciso XII constitucional do art. 5º²⁴*. e, sua licitude, bem como a de prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade, bem como o estado de necessidade e a defesa de direito.

A Lei nº 9.296/96 ficou silente no que concerne à interceptação ambiental, sendo pacífico na doutrina que referida legislação só se refere às interceptações em sentido estrito e escutas telefônicas (interceptação em sentido amplo), ou seja, só se referem à captação telefônica em que intervém um terceiro, exigindo no mínimo a presença de três pessoas. Se a captação é feita por um dos interlocutores, não há interceptação e, portanto, não está em causa a proteção do art. 5º, XII.

Segundo esta posição doutrinária estão fora de suas abrangências (da lei citada e do dispositivo constitucional mencionado) as gravações telefônicas e as interceptações, escutas e gravações ambientais, que estão protegidas pelo dispositivo que genericamente garante a privacidade: o art. 5º, X, da Constituição Federal.

Assim, o instituto da interceptação ambiental veio a ser regulamentado apenas pela Lei nº 10.271/2001, a qual alterou a Lei nº

²⁴ GRECO FILHO, Vicente, op. cit.

9.034/95, a Lei das Organizações Criminosas, contemplando a interceptação ambiental e ainda a infiltração policial.

Tal instituto está regulado em dita legislação, *in verbis*:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em Lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº.10.217, de 11.4.2001)

(...)

IV — a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº. 10.217, de 11.4.2001)

A Lei nº 9.034/95 mostra-se como importante para a legislação brasileira porque o dito crime organizado necessita de um procedimento diferenciado, existindo, na persecução dos crimes cometidos por estes organismos, uma maior necessidade de determinados instrumentos como a prisão cautelar, a interceptação telefônica, a busca domiciliar, a quebra de sigilo bancário e fiscal, o sequestro de bens e, ainda, a própria interceptação ambiental e a infiltração de agentes na forma da Lei 9.034/95.

Tal ocorre pelo crime organizado caracterizar-se por ser uma estrutura complexa e articulada, o que dificulta a obtenção da prova, o que leva os órgãos de investigação a necessitarem de determinados instrumentos mais ágeis, embora muitas vezes limitadores de direitos, em detrimento de outros mais convencionais, cuja eficiência fica aquém do exigido.

Sobre o tema da interceptação ambiental, ainda, importante salientar que o Supremo Tribunal Federal consagrou a interpretação de que a gravação ambiental por um dos interlocutores (assim como a interceptação

telefônica) não configura interceptação telefônica nos termos da Lei nº 9.296/96, podendo servir como prova em processo penal, conforme pode se verificar da ementa abaixo transcrita:

*Ação Penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. **É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.** (STF, RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. MIN. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194. Sem grifos no original).*

5. A interceptação telefônica como prova ilícita

Conforme analisado nos capítulos anteriores, principalmente quando da análise dos artigos da Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica precisa seguir todo um ritual formal para possuir todo o valor probatório (servir como prova lícita) o qual se espera da medida.

Ainda, como bem observado nas proposições de alteração da lei, os dispositivos tem como objetivo resguardar os direitos fundamentais dos investigados, os quais já estão sendo mitigados quando da efetivação da medida de interceptação telefônica.

Assim, a busca sempre é pelo cumprimento de todas as formalidades que a lei exige, para que a medida possa ser utilizada como meio probatório para a investigação criminal sem maculá-la com o vício da ilegalidade, porquanto caso não cumpridas as exigências/requisitos da Lei, a interceptação telefônica será inútil à investigação, pois, concordamos com a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas.

Por outro lado, há casos em que as provas obtidas por meios ilícitos venham a ser utilizadas.

Sobre este tema, Ada Pelegrini GRINOVER²⁵ faz brilhante explanação, quando cita que, apesar da Constituição da República de 1988 vedar explicitamente o uso das provas ilícitas, através do artigo 5º, inciso LVI, não estabelece de forma explícita, a consequência no caso de mesmo com a vedação expressa, tais provas sejam utilizadas.

Sendo assim, parece correto afirmar que para a Magna Carta, tendo em vista a vedação da utilização de provas ilícitas, estas sequer existem para o ordenamento jurídico, sendo tratadas como verdadeiras “não-provas”, e nesse caso, não poderiam ser utilizadas para fundamentação de sentença

²⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. **As Nulidades do Processo Penal**. Rio de Janeiro: RT, p.120.

judicial, sob pena de, nesse caso, gerar direito à utilização de *habeas corpus*, conforme inclusive decisões e acórdãos supracitados no presente trabalho.

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

No sistema americano, a doutrina avançou um pouco mais no tema, pois, apesar da 4ª emenda à Constituição não dispor “sobre as sanções para o desrespeito aos princípios ali contidos”, João Gualberto Garcez RAMOS²⁶, citando Akhil Reed AMAR, preconiza, ao nossos olhos, de maneira bem eficaz:

(...) o remédio para a violação da 4ª emenda não é a exclusão da prova do processo, mas a responsabilização civil do Estado e do agente público

²⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.126.

encarregado da diligência ou que induziu a autoridade judiciária em erro ao jurar ou afirmar falsamente.

6. Projetos de alterações legislativas

Encontra-se atualmente em trâmite junto à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1258/1995, de autoria do Senado Federal (PLS nº 217/95 – Senador Pedro Simon, RS), o qual altera a regulamentação das interceptações telefônicas, já tendo sido aprovado junto ao Senado Federal, no ano de 2008.

O PL 1258/95 encontra-se com dezessete mais projetos de lei em apenso, tratando da mesma matéria acerca das interceptações telefônicas, todas justificando suas alterações na pretensa necessidade de aperfeiçoar e atualizar a legislação existente, para dispor sobre condutas não previstas e impedir a utilização indevida do instituto.

Argumentam, por exemplo, os legisladores que doutrina e a jurisprudência demonstram a necessidade de tipificar como crime as escutas telefônicas, a interceptação e escuta ambiental e a gravação unilateral clandestina, consistindo o grande desafio em conciliar o uso deste poderoso instrumento de investigação criminal com o direito constitucional à intimidade e à vida privada das pessoas.

Por exemplo, o PL 1443/2007, apenso ao PL 1258/95, de autoria da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, exemplifica as principais medidas restritivas à aplicação do instituto da interceptação das comunicações telefônicas ou captação de imagens e sons ambientais, extraídas das imperfeições da Lei nº 9.296/1996, das ilegalidades praticadas atualmente pelos órgãos de segurança pública e da legislação de outros países, que precisam ser adotadas com urgência em nosso ordenamento jurídico, das quais em sua maioria encontram-se contempladas no PL 1258/95.

Dentre as medidas sugeridas pelo referido projeto de lei, destacam-se:

➤ Condicionamento da realização da interceptação telefônica ou captação de imagem e som ambiental à prévia instauração de inquérito policial a respeito do crime, que se pretende investigar, com o objetivo de impedir a realização do chamado “grampo ilegal”, “escuta ou captação de imagem clandestina”. Para garantir tal medida, o Delegado de Polícia, por ocasião do pedido de interceptação telefônica ou captação de imagem ou som ambiental, deverá instruir seu requerimento com cópia da Portaria do inquérito policial instaurado a respeito, devidamente registrado.

➤ Estabelecer um rol taxativo de crimes que admite a realização de interceptação telefônica ou captação de imagem e som ambiental - delitos mais graves e os crimes cuja espécie de prova é praticamente indispensável para demonstrar a sua existência.

➤ Proibição da interceptação de conversa telefônica ou captação de imagem ou som ambiental do contato mantido entre o investigado ou acusado e seu defensor, em homenagem ao sagrado direito de defesa.

➤ Delimitação da diligência na determinação judicial, especificando as pessoas que serão investigadas, os crimes, os números dos telefones e o prazo da medida de exceção. Tal providência visa restringir a utilização das interceptações telefônicas nos casos dos chamados encontros ou descobrimentos fortuitos de outros crimes, estabelecendo, como regra, que os resultados das gravações não podem ser utilizados contra outras pessoas e em processos diferentes, salvo se o indiciado estiver na iminência do cometimento de um delito. Em outras palavras, as interceptações podem alcançar somente o autor do delito e as pessoas envolvidas no mesmo crime²⁷.

²⁷ Sobre o encontro fortuito de provas, ressalta-se neste momento que a jurisprudência brasileira tem, atualmente, inclinado-se no sentido de admitir a prova conexa, não possuindo, entretanto, jurisprudência condensada acerca do tema. Entendemos que pela lógica utilizada quando trata a legislação brasileira acerca da busca apreensão, o que legitima a diligência não é seu resultado, mas a observância ou não dos requisitos pra sua concessão. O Supremo Tribunal Federal tem discutido o tema apenas incidentalmente. Como no HC nº 81260/ES, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual decidiu-se que a prova é válida quando o crime é descoberto por interceptação autorizada por Juiz que se mostra ao final como

➤ Ampliação do tipo penal, para considerar como crime, além da interceptação telefônica, toda captação de imagem e som ambiental por todos os meios, sem a anuência do Poder Judiciário. Esta providência visa coibir as captações de imagens e sons ambientais ilícitas.

➤ Majoração a pena do servidor público, principalmente, do policial, que realiza interceptação telefônica ou qualquer tipo de captação de imagem e sons sem autorização Judicial.

➤ Prever como tipo autônomo o crime de divulgação de conteúdo de interceptação telefônica ou captação de imagem e som ambiental, sem autorização judicial, elevando a pena quando tal comportamento for praticado por funcionário responsável pela preservação do sigilo dessas informações.

➤ Elevação da pena da pessoa que utiliza o teor da interceptação telefônica ou captação de imagem e som ambiental para perseguição por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica, ideológica ou política.

➤ Ampliação do prazo para a execução das diligências de interceptação e captação, dos atuais quinze dias, para trinta dias, com a possibilidade de renovação uma única vez por igual período, quando comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Exceto para os crimes de extorsão mediante sequestro e terrorismo, que, em razão de sua natureza, o prazo será indeterminado. Tais providências visam desburocratizar e facilitar o trabalho da polícia, principalmente, na repressão dos crimes mais graves.

incompetente pra julgar o processo crime. Ver ainda, do STF, HC's nºs 84224; 83515. E STJ: HC nº 69552.

Após diversos pareceres já exarados por Comissões dentro da Câmara dos Deputados, tem-se, no momento, que o projeto substitutivo apresentado com o maior relevo foi o de autoria do então Deputado Federal Gustavo Fruet (PR), como relator da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.²⁸

O substitutivo traz como uma de suas inovações mais importantes a inclusão de artigos que são cópias da Resolução nº 59, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual visou um maior controle das interceptações telefônicas deferidas pelo Poder Judiciário, estabelecendo, dentre as regras, normas para a distribuição dos pedidos, bem como a forma que deve obedecer a decisão judicial.

Ainda, saliente-se a tipificação de novos crimes, a partir do artigo 23, dentre eles os elencados acima, quando tratado o PL 1443/2007.

²⁸ Ver Anexo III.

CONCLUSÃO

O procedimento da interceptação telefônica deve sempre ser visto com a ressalva garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil: a de que configura exceção como meio de busca de prova.

As garantias constitucionais de sigilo sempre devem ser observadas como mais importantes no momento em que o magistrado se depara com um pedido de interceptação telefônica, sendo deferida somente em casos extremos e rigorosamente observados todos os requisitos, sob pena de transformar-se em uma decisão inútil à persecução criminal.

Não devemos nos esquecer, por óbvio, do princípio da proporcionalidade, o qual deve sim pesar quando da decisão do Juiz diante da análise de um pedido desta natureza. Entretanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ser tido apenas como uma ponderação entre a aceitação ou não de uma prova ilícita na investigação (e posterior condenação ou absolvição do investigado), mas como uma “brecha” criada pela doutrina e pela jurisprudência para se ponderar a possibilidade de fazer prevalecer o interesse pela verdade processual face às garantias constitucionais de sigilo do cidadão.

No presente trabalho buscou-se mostrar como historicamente o instituto da interceptação telefônica evoluiu e apesar de passar por fases polêmicas, atualmente tem respaldo em Lei própria, a qual apesar da crítica de ser mal redigida e ambígua em algumas situações deve servir de escopo para a análise da medida, bem como elucidou-se como o Poder Legislativo vem atualmente tratando o tema, buscando, de uma forma ou de outra, aperfeiçoar a legislação mediante suas propostas de alterações.

Por fim, conclui-se que apesar de alguns pontos polêmicos e refutados como inconstitucionais na Lei nº 9.296/96, a medida da interceptação

telefônica é excelente, auxiliando a Autoridade Policial e mesmo o Ministério Público na investigação de diversos crimes de relevante interesse social, como tráfico de drogas, sequestro, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, etc, sendo, assim, uma lei indispensável, que veio a preencher um vazio legislativo extremamente danoso.

Assim, conforme bem salientado por GRINOVER²⁹, diante de tantas discussões acerca da lei, cabe à *doutrina dar-lhe a melhor exegese, e à jurisprudência a melhor aplicação, com os olhos sempre voltados ao crucial conflito entre as exigências da segurança e os direitos da defesa, buscando o ponto de equilíbrio que harmonize a necessária luta contra a criminalidade com os valores de um processo penal respeitoso da dignidade humana.*

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Regime brasileiro das interceptações telefônicas.** Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm> > Acesso em: 15 out. 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

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

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

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

_____. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **O Regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm> > Acesso em: 15 out. 2010.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

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

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

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANEXO I – LEI nº 9.296/96

LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANEXO II – LEI nº 9.034/95

LEI Nº 9.034, DE 3 DE MAIO DE 1995.

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

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

CAPÍTULO I

Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova

~~Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.~~

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.[\(Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

~~Art 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:~~

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [\(Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

I - [\(Vetado\)](#).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

CAPÍTULO II

Da Preservação do Sigilo Constitucional

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a

diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. [\(Vide Adin nº 1.570-2\).](#)

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

CAPÍTULO III

Das Disposições Gerais

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas.

Art. 5º A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

~~Art. 8º O prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta lei, será de cento e oitenta dias.~~

Art. 8º O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto. [\(Redação dada pela Lei nº 9.303, de 5.9.1996\)](#)

Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

Art. 10 Os condenados por crime decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 11 Aplicam-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Art. 12 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13 Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 3 de maio de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDOHENRIQUECARDOSO

Milton Seligman

ANEXO III – Substitutivo do PL nº 1.258/95

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.258, DE 1995

(Apensos PLs nº 4.825/01, 173/03, 195/03, 2.114/03, 4.323/04, 43/07, 432/07, 1.303/07, 1.443/07, 2.841/08, 3.577/08, 3.579/08, 4.047/08, 4.155/08, 4.192/08, 4.559/08 e 5.285/09)

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a interceptação de comunicações telefônicas, de comunicações em sistemas de informática e de comunicações telemáticas, de qualquer natureza, e a captação de imagem e som ambiental por todos os meios, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Art. 2º A interceptação de comunicação telefônica e captação de imagem e som ambiental, referidas no artigo anterior, serão autorizadas pelo Poder Judiciário, somente em inquérito policial, quando preencher as seguintes condições.

I – houver indícios da existência de crimes de:

- a) tráfico de substância entorpecente e drogas afins;
- b) tráfico de pessoas e subtração de incapazes;
- c) tráfico de armas, munições e explosivos;
- d) tráfico de espécimes da fauna silvestre;
- e) corrupção de menores;
- f) lavagem de dinheiro;
- g) contra o sistema financeiro nacional;
- h) contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão;
- i) contra a ordem econômica e tributária;
- j) contra o sistema financeiro nacional;
- k) falsificação de moeda ou a ela assimilados;
- l) roubo, latrocínio, extorsão simples, extorsão mediante sequestro, sequestro e cárcere privado;
- m) contrabando e descaminho;
- n) homicídio doloso;

- o) estupro;
 - p) pedofilia;
 - q) ameaça ou injúria quando cometidas por telefone;
 - r) outros decorrentes de ações de terrorismo; e
 - s) outros decorrentes de ações praticadas por organização criminosa;
- II – houver indícios razoáveis de autoria ou participação nas infrações penais relacionadas no inciso anterior;
- III – ficar demonstrada a efetiva necessidade da realização da medida, para apuração e elucidação das infrações penais, nos termos do artigo 4º desta Lei.

CAPÍTULO II

DA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES

Seção I

Do Pedido e da Autorização

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas ou a captação de imagem e som ambiental poderá ser determinada pelo juiz, atendendo a solicitação:

I - da autoridade policial, que deverá instruir o pedido com cópia da portaria do inquérito policial instaurado a respeito, devidamente registrado;

II – do Ministério Público, no curso do inquérito policial.

Parágrafo único. O Ministério Público será ouvido em todos os pedidos de interceptação de comunicação da autoridade policial.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica ou de captação de imagem e som ambiental conterá:

- I – a descrição precisa dos fatos investigados;
- II – a indicação da existência de indícios suficientes da prática do crime objeto da investigação;
- III – a qualificação do investigado ou acusado salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada;
- IV – o prazo estimado da duração da quebra de sigilo;
- V – a demonstração de ser a quebra de sigilo da comunicação estritamente necessária e da inviabilidade de obtenção da prova por outros meios;
- VI- a indicação das autoridades policiais responsáveis pela execução ou acompanhamento de toda a medida.

§ 1º Fica assegurado às autoridades policiais, indicadas pelo chefe da respectiva Polícia Judiciária, o direito de acessar o cadastro de assinantes das concessionárias do serviço público de telefonia, mediante senha pessoal e intransferível.

§ 2º O acesso da autoridade policial às informações correspondentes ao histórico de chamadas telefônicas requer autorização judicial específica para cada assinante investigado.

§ 3º O juiz, no prazo máximo de quarenta e oito horas, decidirá sobre o pedido.

§ 4º 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 a sua redução a termo, nas seguintes hipóteses:

I – quando a vida de uma pessoa estiver em risco;

II – durante a execução da medida de quebra de sigilo, caso a autoridade policial identifique que o investigado ou acusado passou a fazer uso de outro número, código ou identificação em suas comunicações, ou que, mantido o mesmo número, mudou de prestadora.

§ 5º Presentes as condições do § 4º, o juiz decidirá liminarmente o pedido e os autos seguirão para manifestação do Ministério Público e retornarão à autoridade judiciária que, em seguida, reapreciará o pedido.

Art. 5º Atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida o juiz fará constar expressamente em sua decisão:

I - a indicação da autoridade responsável pela investigação;

II - os números dos telefones ou o nome de usuário ou outro identificador no caso de interceptação de dados;

III - o prazo da interceptação;

IV - a indicação dos titulares dos referidos números;

V - a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;

VI - os nomes das autoridades policiais responsáveis pela investigação e que terão acesso às informações;

VII - os nomes dos funcionários do cartório ou secretaria responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios.

§ 1º A decisão judicial será sempre escrita e fundamentada, indicando a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo inicial de trinta dias, permitida sua prorrogação por períodos iguais, sucessivos ou não, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida e comprovada a indispensabilidade do meio de prova, até o máximo de 180 dias, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

§ 2º O juiz que conceder a medida ficará obrigado a exercer o controle efetivo das diligências de interceptação de comunicação telefônica e captação de imagem e som ambiental, acompanhando todas as etapas do trabalho ao longo do período determinado.

Seção II

Da Execução da Interceptação

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

§ 1º A comunicação interceptada deverá ser gravada em mídia eletrônica mediante o uso de equipamentos e programas especializados em armazenamento do áudio, passíveis de auditoria técnica, instalados em localidades de acesso restrito de pessoal.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará relatório circunstanciado das investigações com seu resultado, acompanhado do áudio integral das comunicações interceptadas, da transcrição das conversas relevantes à investigação e de resumo das operações realizadas.

Art. 7º Quando da formulação de eventual pedido de prorrogação de prazo pela autoridade competente, deverão ser apresentados os áudios com o inteiro teor das comunicações interceptadas, as transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e o relatório circunstanciado das investigações com seu resultado.

§ 1º Sempre que possível, os áudios, as transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e os relatórios serão gravados de forma sigilosa, criptografados com chaves definidas pelo juiz condutor do processo criminal.

§ 2º Os documentos de que trata o § 1º serão entregues pessoalmente pela autoridade responsável pela investigação ou seu representante, expressamente autorizado, ao juiz competente ou ao servidor por ele indicado.

Seção III

Das Obrigações das Prestadoras de Serviços de Telefonia

Art. 8º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

§ 1º Na hipótese da requisição de que trata o *caput*, a concessionária deverá confirmar com o Juízo os números cuja efetivação fora deferida e a data em que fora efetivada a interceptação, para fins do controle judicial do prazo, indicando os nomes das pessoas que tiveram conhecimento da medida deferida e os dos responsáveis pela operacionalização da interceptação telefônica.

§ 2º As ordens judiciais serão cumpridas no prazo assinado pelo juiz ou, na sua falta, no prazo máximo de dez dias, sob pena de multa.

§ 3º As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações contarão, em sua estrutura organizacional, com órgãos destinados exclusivamente ao atendimento de ordens judiciais de interceptação.

§ 4º As prestadoras de serviços de telefonia deverão manter arquivadas, pelo prazo de cinco anos, as ordens judiciais de que trata esta Lei.

Art. 9º Ficam as prestadoras de serviços de telefonia obrigadas a encaminhar, a cada seis meses, ao Conselho Nacional de Justiça e à Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência do Congresso Nacional, preferencialmente pela via eletrônica, em caráter sigiloso, informações segmentadas por entes federativos que contemple:

I – a quantidade de interceptações em andamento;
II – a quantidade acumulada de ordens judiciais de interceptações iniciais e prorrogações.

§ 1º A não observância do prazo fixado no *caput* sujeita as empresas a pena de multa.

§ 2º Os equipamentos e programas das prestadoras de serviço de telefonia utilizados nas interceptações e escutas telefônicas serão auditados, a cada seis meses, pelo órgão regulador dos serviços de telecomunicações, com a presença do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

Art. 10. As prestadoras de serviços de telefonia ficam sujeitas a pena de multa em razão de danos sofridos pelos usuários, decorrentes da ineficiência em garantir a privacidade de dados e comunicações telefônicas, ressalvada a ordem judicial.

Art. 11. As prestadoras de serviços de telefonia ficam obrigadas a bloquear o funcionamento de todo telefone móvel que seja objeto de perda, furto ou roubo, no prazo de vinte e quatro horas após recebimento de notificação.

§ 1º As operadoras de telefonia móvel devem efetuar o cadastro de todos os seus usuários e vincular a prestação do serviço ao conhecimento do identificador único do aparelho.

§ 2º As operadoras de telefonia móvel que prestarem serviços sem o equivalente cadastro do identificador único do aparelho ficam sujeitas a pena de multa, em razão de cada aparelho irregular.

Seção IV

Dos Procedimentos

Art. 12. Os atos processuais e a execução da interceptação de comunicação telefônica e captação de imagem e som ambiental serão realizados, sempre que possível, por meio eletrônico aplicando-se, no que couber, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

§ 1º Nos locais onde não for possível a utilização do processo eletrônico de que trata o *caput*, os pedidos serão encaminhados à Distribuição da respectiva Comarca ou Subseção Judiciária, em envelope lacrado contendo os documentos necessários.

§ 2º Na parte exterior do envelope a que se refere o parágrafo anterior será colada folha de rosto contendo somente as seguintes informações:

- I - "medida cautelar sigilosa";
- II - delegacia de origem ou órgão do Ministério Público;
- III - comarca de origem da medida.

§ 3º É vedada a indicação do nome do requerido, da natureza da medida ou qualquer outra anotação na folha de rosto referida no §2º.

§ 4º Outro envelope menor, também lacrado, contendo em seu interior apenas o número e o ano do procedimento investigatório ou do inquérito policial, deverá ser anexado ao envelope lacrado referido no §1º.

§ 5º É vedado ao Distribuidor e ao Plantão Judiciário receber os envelopes que não estejam devidamente lacrados na forma prevista nos parágrafos deste artigo.

Art. 13. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, e a captação de imagem e som ambiental, ocorrerão em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

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

Art. 14. Conservar-se-ão em cartório, sob sigilo de justiça, as mídias contendo as gravações das comunicações cujo sigilo tenha sido quebrado, até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídas na forma indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

§ 1º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento da parte interessada, ouvido o Ministério Público.

§ 2º O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

§ 3º O sigilo de justiça que recai sobre as interceptações telefônicas e as captações de imagem e som ambiente poderá ser revogado pela autoridade judicial que deferiu a medida, após a providência prevista no § 1º, desde que a divulgação não cause prejuízo material ou moral ao acusado ou a terceiros.

§ 4º Quando houver autorização judicial para a divulgação do conteúdo das interceptações e captações, todos os órgãos de imprensa terão, sem distinção e em audiência pública, acesso ao material produzido.

§ 5º As informações obtidas por quebra de sigilo de comunicações telefônicas ou captação de imagem e som ambiental poderão ser compartilhadas entre órgãos policiais com competência investigativa, nacionais ou estrangeiros, o Ministério Público e as comissões parlamentares de inquérito, mediante autorização do juiz competente.

Seção V

Das Proibições

Art. 15. As interceptações de comunicação telefônica e as captações de imagem e som ambiental de contatos mantidos entre o suspeito ou acusado e seu advogado são proibidas, quando este estiver atuando na função.

Parágrafo único. O material ocasionalmente gravado, contendo imagem ou diálogo mantido entre o investigado ou acusado e seu advogado, quando este estiver atuando na função, não poderá ser utilizado como meio de prova, devendo ser inutilizado.

Art. 16. As provas resultantes das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizadas para a instrução de processos relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi concedida, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do art. 2º.

Parágrafo único. Na hipótese de a quebra de sigilo das comunicações telefônicas revelar indícios de crime que não se inclua nas hipóteses do *caput*, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Art. 17. As provas obtidas por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas ou captação de imagem e som ambiental realizadas sem a observância desta lei não poderão ser utilizadas em qualquer investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza.

Parágrafo único. Não se aplicam as regras previstas no *caput* aos casos de imagens e sons captados por sistemas ostensivos de segurança.

CAPÍTULO III

DAS RESPONSABILIDADES

Seção I

Das Responsabilidades Funcionais

Art. 18. No recebimento, movimentação e guarda de feitos e documentos sigilosos, as unidades do Poder Judiciário deverão tomar as medidas para que o acesso atenda às cautelas de segurança.

Parágrafo único. No caso de violação de sigilo de que trata esta Lei, o juiz responsável pelo deferimento da medida determinará a imediata apuração dos fatos.

Art. 19. Não será permitido ao juiz e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos contidos em processos ou inquéritos sigilosos, sob pena de responsabilização, nos termos da legislação pertinente.

Art. 20. Constitui infração funcional do juiz a autorização ou determinação de interceptação de comunicação telefônica e captação de imagem e som ambiental sem fundamentação em concreto ou sem a apreciação dos requisitos legais, referentes a cada terminal a ser interceptado.

Art. 21. O *caput* do art. 48 da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 48. A pena de demissão, além dos casos previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, será também aplicada quando se caracterizar.” (NR)

Art. 22. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.117.

XX - realizar, diretamente ou por meio de terceiros, ou permitir que se realize, interceptação de comunicação de qualquer natureza, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei; e

XXI - violar o sigilo ou o segredo de justiça das informações obtidas por meio de interceptação de comunicação de qualquer natureza. .” (NR)

“Art. 132.

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI, XX e XXI do art. 117.” (NR)

Seção II

Das Responsabilidades Criminais

Art. 23. Constitui crime produzir, fabricar, importar, comercializar, oferecer, emprestar, adquirir, possuir, manter sob sua guarda ou ter em depósito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, equipamentos destinados especificamente à interceptação, escuta, gravação e decodificação das comunicações telefônicas, incluindo programas de informática e aparelhos de varredura.

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem utiliza a criptografia para proteger comunicação de voz, imagem e dados, em desacordo com as normas expedidas pelo órgão federal competente.

Art. 24. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática e, ressalvado o uso ostensivo de sistemas de segurança, a captação de imagem e som ambiental por todos os meios, sem expressa autorização judicial.

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa, se o crime é praticado por policial, servidor ou membro do Ministério Público.

Art. 25. Constitui crime divulgar a interceptação de comunicação telefônica ou da captação de imagem e sons, sem expressa autorização judicial.

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§ 1º A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa, se o crime é praticado por policial, servidores ou membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

§ 2º A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa, se o crime é praticado para perseguição por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica, ideológica ou política.

CAPÍTULO IV

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. Mensalmente, os Juízos investidos de competência criminal informarão às Corregedorias dos respectivos tribunais, preferencialmente pela via eletrônica, em caráter sigiloso, a quantidade de interceptações em andamento.

§ 1º As Corregedorias dos respectivos tribunais comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, até o dia 10 do mês seguinte ao de referência, os dados enviados pelos juízos criminais.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça deverá publicar, semestralmente, relatórios estatísticos que conterão, no mínimo, as informações de que trata o caput.

Art. 27. O órgão regulador dos serviços de telecomunicações fiscalizará as prestadoras de serviços de telecomunicações exigindo delas o cumprimento das normas técnicas determinadas pelos órgãos competentes.

§ 1º O órgão de que trata o *caput*, ouvido o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, disciplinará o padrão tecnológico, os procedimentos relativos à produção, comercialização, importação e o uso da criptografia e de sistemas de interceptação.

§ 2º A chave de acesso de qualquer comunicação criptografada deverá ser previamente depositada na ANATEL, nos termos do regulamento de que trata o parágrafo anterior.

Art. 28. Os fabricantes e os comerciantes de equipamentos utilizados em interceptações telefônicas comunicarão à autoridade policial competente os dados cadastrais de quem os adquira a qualquer título, até 24 horas após a entrega do equipamento, inclusive se órgão público.

§ 1º A falta ou atraso na comunicação de que trata o caput sujeita o fabricante ou comerciante ao pagamento de multa equivalente ao triplo do valor recebido pelo equipamento.

§ 2º A comunicação a que se refere o caput é obrigatória também nos casos em que os equipamentos sejam alugados, cedidos provisoriamente,

permutados ou em qualquer outro caso no qual haja a sua efetiva utilização para fins de interceptação de comunicações telefônicas.

Art. 29. O art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“XXV - que indeferir o pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza.”..... (NR)

Art. 30. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei, no que com ela não colidirem, as disposições do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar.

Art. 31. Os mesmos procedimentos instituídos por esta Lei deverão ser observados no âmbito dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 32. Revoga-se a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

Art. 33. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 19 de novembro de 2009.

Deputado GUSTAVO FRUET
Relator

ANEXO IV – Comparativo entre a Lei nº 9.296/96 e o PL nº 1.258/95

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA

**A LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS BRASILEIRA: GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES DE ALTERAÇÃO**

CURITIBA
2010