

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| I – Introdução | 8 |
| II – Das Provas | |
| 2.0 - Definição e conceito..... | 11 |
| 2.1 - Provas ilícitas e provas ilegítimas..... | 11 |
| 2.2 - Provas obtidas por meios ilícitos. | 12 |
| 2.3 - Provas ilícitas e seu contexto dentro do processo. | 13 |
| 2.4 - Teoria da proporcionalidade (<i>Verhältnismässigkeitsprinzip</i>)..... | 13 |
| 2.5 – Críticas à teoria da proporcionalidade..... | 14 |
| 2.6 – Teoria da proporcionalidade, prova ilícita “pro reo” e provas ilícitas por derivação..... | 15 |
| 2.7 – Prova ilícita e prova emprestada..... | 18 |
| III - Lei 9.296/96 | |
| 3.0 - Âmbito de aplicação da lei..... | 20 |
| 3.1 – Os regimes jurídicos das interceptações antes e depois da CF/88..... | 21 |
| 3.2 – Definição..... | 22 |
| 3.3 - Comunicações telefônicas e dados telefônicos..... | 23 |
| 3.4 - Quebra do sigilo dos dados telefônicos..... | 24 |
| 3.5 - O Artigo 1º da lei 9.296/96..... | 28 |
| 3.6 –Juiz competente da ação principal..... | 29 |
| 3.7 – A expressão ‘de qualquer natureza’..... | 30 |

| | |
|---|-----------|
| 3.8 – As gravações clandestinas..... | 32 |
| 3.9.0 - Interceptação ambiental e escuta ambiental..... | 34 |
| 3.9.1 – Campo de aplicação da norma (a questão da ‘prova emprestada’)...36 | |
| 3.9.2 – Causas que não autorizam as interceptações..... | 37 |
| | |
| IV – Do procedimento | |
| 4.0 – Quem pode fazer o pedido..... | 39 |
| 4.1 – Requisitos da lei e fundamentos da autorização..... | 40 |
| 4.2 - A execução do ato..... | 42 |
| 4.3 - A expressão encontro ‘fortuito’..... | 44 |
| 4.4 - A possibilidade de auxílio de técnico das empresas de telefonia..... | 45 |
| 4.5 – Autos apartados, preservação do sigilo e momento de juntada aos autos..... | 46 |
| 4.6 – Inutilização do que for imprestável ao processo..... | 49 |
| 4.7 - O ilícito penal..... | 51 |
| 4.8 - Vigência da Lei..... | 52 |
| 4.9 - Revogação das disposições em contrário..... | 53 |
| | |
| V - Lei n.º 10.217/01 | |
| 5.0 – Primeiras considerações..... | 54 |
| 5.1 - O parecer do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais (CAOCrim)..... | 55 |
| | |
| VI – Conclusão..... | 57 |
| | |
| VII – Apêndice | |
| Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996..... | 62 |
| Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962..... | 65 |
| Lei n.º 10.217, de 11 de abril de 2001..... | 67 |

I – INTRODUÇÃO

A sistemática processual penal do Direito pátrio, no que se refere às provas, rege-se pelo princípio da busca da “verdade real”.

Tendo como escopo se alcançar a justiça social, os órgãos persecutórios da Administração Pública por vezes se excedem, razão pela qual são criados mecanismos para frear o ímpeto investigativo.

De outro lado, são os criminosos que se beneficiam desses limites impostos à Administração em sua tarefa de perseguir os delinqüentes.

Especializam-se estes em novas práticas delituosas, cada vez mais complexas e perfeitas, almejando não serem alvos fáceis da Justiça Pública.

À vista desse panorama, questão que muito se adequa ao tema é a eficácia processual das provas ilícitas ou obtidas ilicitamente.

Diante de tal quadro, certo é que as interceptações telefônicas e suas variantes (gravações, escutas) merecem especial atenção, fato pelo qual se baseará tal estudo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII preceitua que:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

*hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*¹.

Por ser uma norma de eficácia contida, era preciso ser criada uma lei que a regulamentasse.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “*as normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade*”².

Surgiu, então, em 24 de julho de 1996, a Lei Federal n.º 9.296, com esse objetivo.

Ocorre que, referida lei não atingiu, de forma cabal, a sua finalidade, qual seja, a de se mostrar como um instrumento eficaz na regulamentação do texto constitucional no tocante a essa matéria.

Ora por aparente afronta à Carta Magna, ora por simples omissão, a lei traz incongruências, falhas, enfim, vícios que contaminam o direito e mais, acabam por permitir, em inúmeras vezes, interpretações dúbias e incorretas acerca de sua aplicação.

Cabe analisar que, com a promulgação da Lei 9.296/96, grande parte dos doutrinadores, que se propuseram a estudá-la e comentá-la, traçaram severas críticas acerca de sua omissão enquanto lei que tinha como proposta e função regulamentar dispositivo constitucional.

Percebeu-se que muito pontos que o legislador constitucional resolveu deixar para que o texto infraconstitucional regulamentasse (o que não é de se estranhar, uma vez que as normas insculpidas na Carta Política – como a em questão – são apenas de caráter geral e carentes de normatização) não foram elididos pelo legislador ordinário.

¹ PINTO, Antonio L. de T., WIND, Márcia C.V. dos S., DE SIQUEIRA, Luiz E. **A Constituição da República Federativa do Brasil**, 2000. p. 6.

² DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2000. p. 83.

Procuraremos com este estudo elencar algumas situações e fatos nos quais pensamos haver falhas, tentando, de forma objetiva, expressar nosso ponto de vista.

Discorreremos sobre as provas sob seus maiores enfoques, bem como passaremos artigo por artigo da Lei das Interceptações, comentando-a de forma concisa, principalmente no que concerne aos seus pontos mais conflituosos.

A verdade é que a lei deveria receber melhoramentos devido a importância que tem, senão como instrumento hábil a permitir busca de provas na persecução de crimes, como um caminho de prover a procedibilidade e aplicação do dispositivo constitucional já mencionado.

Um pouco diferente do que já tratado, mas de peculiar importância em nosso estudo, é a questão da era da informática pela qual passamos.

Muito embora a lei seja relativamente recente (do ano de 1996), é inegável que, de lá para cá, muito se modernizaram e se transformaram os meios de comunicação entre as pessoas.

Um claro exemplo disto é a expansão da *internet*, que sem dúvida não deixa de ser um meio de comunicação (que se utiliza da linha telefônica) entre as pessoas.

O que antes era acessível a uma elite, hoje torna-se presente na vida de um número muito maior de pessoas.

O próprio computador, que antigamente era considerado artigo de luxo, ou até mesmo supérfluo para alguns, atualmente é tido como instrumento de trabalho e fonte de renda para muitas pessoas, mesmo aquelas de classes mais baixas.

E é notório como tanto uma como outro se mostram de grande utilidade na vida do Homem.

Distâncias se encurtaram, culturas se misturaram.

Por outro lado, assim como ocorre com a ciência entendida *lato sensu*, se a tecnologia nos auxilia para o desenvolvimento e aperfeiçoamento, por outro lado contribui para o surgimento de interesses maléficis à sociedade.

E vê-se que, infelizmente, a lei pouco discorreu sobre tais eventos.

Destarte, evidencia-se a importância do estudo do tema, que faz parte não só de um mundo teórico, das idéias, mas sobretudo da *praxis* do cotidiano.

II - DAS PROVAS

2.0 - Definição e conceito

Por prova se entende “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”³.

Pela definição acima, nota-se que as provas são os meios dos quais se valem as partes para fazerem certas sua pretensão em Juízo, a fim de obterem êxito na demanda que propõem.

Contudo, via de regra (posteriormente discorreremos o porquê desta ressalva), nosso Direito Pátrio insurge-se contra a validade das provas obtidas por meios ilícitos.

Dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal/88:

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

2.1 - Provas ilícitas e provas ilegítimas.

Antes de discorrer acerca do tema “provas obtidas por meios ilícitos”, mister diferenciar provas ilícitas de provas ilegítimas.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 1997, p. 117.

À primeira vista, se poderia diferenciar as provas ilícitas *lato senso* das provas ilícitas *stricto senso*⁴.

Aquelas se referem a qualquer tipo de prova não permitida em Direito, seja por vícios de caráter material e/ou formal.

Por outro lado, estas seriam as provas vedadas, entendidas no seu sentido mais restrito, cuja definição apresentamos a seguir:

Seguindo orientação da doutrina de Nuvolone⁵, pode-se definir como “*provas ilícitas (stricto senso) aquelas que violam normas de direito material (penal ou constitucional), infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade, enquanto as provas ilegítimas poderiam ser definidas como aquelas que contrariam normas de caráter processual*”, isto é, do direito adjetivo; e sua ilegalidade ocorreria no momento da sua produção no processo.

Exemplo das primeiras é a obtenção de provas mediante descumprimento dos direitos e garantias individuais insculpidos em nossa Constituição (violação de correspondência, interceptações telefônicas feitas ao arrepio da lei, etc).

Exemplo das segundas seria a proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional (artigo 207 do CPP).

Feita esta distinção, quais seriam as provas obtidas por meios ilícitos?

2.2 - Provas obtidas por meios ilícitos.

Parece claro que, com o advento da Constituição Federal de 1988, tanto as provas ilícitas como as provas ilegítimas são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ensina-nos o eminente jurista Julio Fabbrini Mirabete que: “*a partir da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no*

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 1997, p. 131.

⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96**. 1997.p. 78/79.

*processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”*⁶.

Feitas as considerações preliminares quanto às provas, analisemos suas peculiaridades.

2.3 - Provas ilícitas e seu contexto dentro do processo.

Como dito, a nulidade processual decorrente do uso de prova não permitida no ordenamento (seja ela ilícita ou ilegítima) é regra que comporta exceções.

Ada Pellegrini Grinover, em sua importante obra “*Liberdades Públicas e Processo Penal*” nos orienta no sentido de que: “*as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias*”⁷.

Ainda que escrita há quase vinte anos, tal obra apresenta-se por demais atual, não obstante as constantes mutações por quais passamos.

Portanto, ainda que muitos entendam como verdadeiro dogma a inadmissibilidade das citadas provas, não podemos deixar de mirar com bons olhos para as novas tendências do Direito que as entendem como perfeitamente cabíveis em determinados casos.

2.4 - Teoria da proporcionalidade (‘Verhältnismässigkeitsprinzip’).

Estamos falando da teoria da proporcionalidade, ou teoria do balanceamento, ou ainda, da preponderância de interesses, oriunda do alemão *Verhältnismässigkeitsprinzip*, que por sua vez remonta à idéia doutrinária da

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 1998. p. 260/261.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 1982. p. 251.

razoabilidade, surgida da consolidação jurisprudencial da Suprema Corte americana⁸.

Ensina-nos Avolio que tal princípio “*consiste numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre valores constitucionalmente relevantes postos em confronto*”⁹.

Significa dizer que os aplicadores do Direito devem, a cada caso concreto que se lhes impõe a necessidade de optar por se utilizar ou não as provas vedadas, decidir sempre visando à busca do bem maior.

Não seria errôneo se afirmar que tal procedimento exige profundo conhecimento e sensibilidade daquele que tem por obrigação promover a tão almejada Justiça.

2.5 – Críticas à teoria da proporcionalidade.

Críticas surgem no sentido de se apontar quais os interesses poderiam ser colocados em confronto, ante o subjetivismo ínsito na teoria.

Para Trocker¹⁰, ante o caráter vago do tema “*existe o perigo de que os juizes venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral*”, do que, *data maxima venia*, ousamos discordar.

O juiz, enquanto Órgão responsável pelo cumprimento da prestação Jurisdicional do Estado, deve atentar-se às normas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Porém, não deve se esquecer de que, ao mesmo momento, deve ser sensível ao ambiente social em que vive.

⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 1995, p. 58

⁹ Ibid.

¹⁰ Trocker *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 1995, p. 65.

Causa certo temor o fato de alguns magistrados julgarem sem considerar sua realidade atual, isto é, pela simples literalidade da lei, desconsiderando o mundo em que vivem e as transformações a ele inerentes.

É o momento então do julgador dosar a validade do meio empregado para se atingir determinado fim.

Não se faz aqui qualquer apologia ao autoritarismo ou a qualquer outra forma de poder déspota do julgador, mas tão somente se atenta ao fato de que não existem fatos com única verdade.

Se assim não pensarmos, estaremos contribuindo para a idéia de mecanização do Direito, entendida em seu sentido estrito, ou seja, robôs e máquinas sentenciando e decidindo a vida das pessoas.

E assim Trocker¹¹ indica quais seriam os pressupostos de aplicação do princípio da proporcionalidade: “a-) dos valores em jogo; b-) da ordem (normativa das prioridades e c-) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido)”.

2.6 – Teoria da proporcionalidade, prova ilícita “pro reo” e provas ilícitas por derivação.

Conjugando-se o trinômio teoria da proporcionalidade, prova ilícita *pro reo* e provas ilícitas por derivação temos primeiramente que, nosso Direito, em específico o processo penal (nosso mote), a exemplo do que ocorre em grande parte dos Estados, tem admitido a validade do uso das provas eivadas de vício quando de suma importância para a absolvição de um réu.

É o clássico e épico exemplo da aplicação pura da teoria da proporcionalidade, em que se recorda a máxima “vale mais a liberdade de milhares de culpados do que a prisão de um inocente”.

¹¹ Trocker *apud* RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 1998. p. 25.

Depois temos que, apesar de muito discutida a matéria tanto em doutrina quanto em jurisprudência, a posição majoritária é a de que as provas ilícitas por derivação, isso é, *“aquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida”*¹² devem ser banidas do processo.

São *“hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos”*¹³.

Sua inadmissibilidade no processo se deve à doutrina americana que as denominou de *fruits of the poisonous tree*, ou, frutos da árvore envenenada, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

A problemática que pode surgir é: e se o réu necessita de uma prova ilícita por derivação a fim de obter êxito em sua absolvição? A resposta, a nosso ver, é pela aceitação da mesma.

Não bastasse, entende a eminente jurista Ada Pellegrini Grinover que: *“a Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência (aceitar ou não este tipo de prova); e isto porque, como já dito, os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição do princípio de sua convivência que exige interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais”*¹⁴.

Vê-se então o quão discutível é a matéria e, ao mesmo tempo, “flexível” é a aplicação dos princípios vistos.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 1997, p. 135.

¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 1995, p. 66/67.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 1997, p. 140/141.

O posicionamento da Corte Suprema do Brasil acerca do assunto é pela não validade das provas oriundas de atos ilegítimos. É o que se depreende da ementa de acórdão oficial sobre o tema.

“EMENTA: Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: a afirmação pela maioria da exigência da 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 telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu 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.

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.

Brasília, 16 de dezembro de 1993

OCTÁVIO GALLOTTI, Presidente

SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator.”¹⁵

¹⁵ RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 1998. p. 34/35.

2.7 – Prova ilícita e prova emprestada.

Por fim, deve-se atentar ao valor das provas ilícitas emprestadas, ante a ausência de previsão legal expressa.

O advogado Ricardo Raboneze¹⁶, citando os ensinamentos do professor Nery Junior, anota que a lei permite o traslado das provas obtidas licitamente que serviram para embasar condenação criminal, ao processo civil.

Em decorrência lógica, deve ser entender excluída as provas obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, a questão não se exaure neste ponto.

A Lei 9.296/96, em seu artigo 1º, prevê a admissibilidade das interceptações telefônicas para “*prova em investigação criminal e em instrução processual penal...*”.

Quer a lei nos fazer concluir que não seriam admitidas em processo civil, ainda que usadas de forma emprestada.

O Ministro Luiz V. Cernicchiaro estende-se ainda mais anotando que, pelo fato de estar disciplinada para casos específicos (expressos em lei), “*é prova imprestável para qualquer outro inquérito ou processo*”¹⁷.

Portanto, entendem renomados doutrinadores que, ainda que a prova seja perfeita sob os aspectos formal e material, deve ter eficácia para aquilo a que foi destinada.

Ousamos discordar de tal posicionamento.

Não se pode ficar alheio a determinado fato que reclama prova de outro processo.

A busca da verdade real é princípio supremo que deve nortear os aplicadores da lei.

Imagine-se a seguinte situação:

A fim de perseguir agentes possivelmente envolvidos na prática do comércio ilícito de entorpecentes, através de uma interceptação telefônica (obtida seguindo-se perfeitamente os preceitos legais), descobre-se um plano de seqüestro arquitetado pelos traficantes a ser posto em ação em poucas horas.

¹⁶ Ibid. p. 42.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96.** 1997.p. 119.

É nosso entendimento que deve a polícia agir de imediato e posteriormente, durante a fase inquisitorial, como na instrução do processo, tais elementos colhidos podem e devem ser usados com o intuito de condenar os delinqüentes, ou ao menos servir como prova acusatória.

Não significa obter provas ao arrepio da lei, contudo não se pode vender os olhos face à astúcia dos criminosos.

Feitas estas breves considerações a respeito das provas, passemos a analisar efetivamente a Lei das Interceptações Telefônicas.

III - LEI 9.296/96

3.0 - Âmbito de aplicação da lei.

Em vista de a lei disciplinar primordialmente normas processuais e procedimentais, tem eficácia imediata, a teor do que dispõe o artigo 2º do Código de Processo Penal:

“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”¹⁸.

É o princípio *tempus regit actum*.

Entretanto, o artigo 10 da Lei refere-se à norma de direito substancial. Trata-se de uma descrição típica nova, ou como preferem os doutrinadores, uma *novatio legis*, que portanto tem sua aplicação restrita aos fatos ocorridos posteriormente à publicação da Lei, ante o princípio da irretroatividade da Lei Penal.

É interpretação pura e simples da primeira parte do artigo 1º do Código Penal Brasileiro:

“Não há crime sem lei anterior que o defina”¹⁹.

¹⁸ Vários autores. Coord. LOPES, Mauricio A. R. **Código de processo penal**. 1998, p. 132.

¹⁹ Vários autores. Coord. DE OLIVEIRA, Juarez. **Código Penal**. 1998, p. 43.

3.1 – Os regimes jurídicos das interceptações antes e depois da CF/88.

Não se pode dizer que anteriormente à promulgação da nossa Carta Magna houvesse lei regulamentando as interceptações telefônicas, porém, como entendia Ada Pellegrini Grinover, citada por Luiz Flávio Gomes²⁰, deveria se atender aos requisitos previstos no artigo 57 da Lei 4.117/62 – Código Brasileiro de Telecomunicações (vide apêndice).

“Em seu primeiro julgamento a respeito do tema, o STF, no HC 63.834-1, pelo Rel. Min. Aldir Passarinho, determinou o trancamento do inquérito policial porque se tratava de interceptação feita por “particular”. Logo, prova ilícita”²¹.

Pois bem, ante a inexistência de disposição expressa e específica acerca de tão importante assunto, o legislador constituinte originário preocupou-se em elencar no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, dispositivo que viesse a suprir tal lacuna.

Lê-se no artigo 5º, inciso XII da Carta Política:

“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”²².

A Lei Maior, portanto, obriga, a partir de então, o legislador a disciplinar a matéria, o que veio ocorrer somente oito anos depois, período no qual prevaleceu a incógnita acerca de como aplicar a lei nos casos concretos.

“No STF sempre prevaleceu o entendimento de que o Código Brasileiro de Telecomunicações (art. 57) não foi recepcionado pela Magna Carta de 1988”²³.

Ante a não regulamentação da norma constitucional, o Supremo entendia

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96.** 1997.p. 87.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96.** 1997.p. 87.

²² Vários autores. Coord. DE OLIVEIRA, Juarez. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 2000, p. 6.

²³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96.** 1997.p. 90.

como prova ilícita aquela oriunda da escuta telefônica (na verdade interceptação telefônica).

É o que se depreende de acórdão proferido em 09.05.96:

*“Habeas Corpus. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5º, XII, da Constituição Federal. Fruits of the poisonous tree”*²⁴.

Ante a extrema necessidade de se vir a regulamentar tal dispositivo constitucional, em julho de 1996 entrava em vigor a Lei 9.296.

3.2 – Definição.

Na definição de Avolio, *“juridicamente, as interceptações, lato sensu, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas”*²⁵

Para o jurista Luís Flávio Gomes, interceptação telefônica significaria *“o ato de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação”*²⁶.

Entretanto, antes de nos aprofundarmos na Lei, cabe-nos fazer sucinta diferenciação entre a-) *a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b-) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c-) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiros, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d-) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e-) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f-) a*

²⁴ Ibid. p. 93.

²⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 1995, p. 92.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96.** 1997.p. 95.

*gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro (s)*²⁷.

Diante do exposto, cabe diferenciá-los.

A interceptação (seja a telefônica ou a ambiental) entendida *stricto sensu*, refere-se tão somente àquela primeira hipótese, ou seja, exige a intervenção de um terceiro (alheio aos interlocutores, a *terzietà* para os italianos). Havendo o conhecimento por um deles, ocorrerá a *escuta*.

Nos demais casos, quando ocorre a gravação por um dos interlocutores de sua própria conversa (telefônica ou entre presentes) configuram-se exemplos de *gravações clandestinas*.

3.3 Comunicações telefônicas e dados telefônicos.

Como deve ser entendida a expressão “comunicação telefônica”?

Bem, se estivéssemos vivendo quatro, cinco ou mais décadas atrás, certamente tal conceito seria tido como o som que os interlocutores trocam entre si para estabelecer um diálogo, ou algo assim.

Como nos ensina Ada P. Grinover, “*restringia-se assim à conversação (transmissão de palavras e sons)*”²⁸.

Basta nos reportarmos ao artigo 4º do Código Brasileiro de Telecomunicações (lei esta que remonta à década de 60), que define telefonia como o “*processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons*”²⁹.

Ocorre que a tecnologia vem, no passar dos tempos, como se nunca viu, avançando e se aprimorando e, em decorrência disto, surgem dentro do campo das comunicações outras formas de troca de informação que não somente a voz.

²⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 1995, p. 95/97.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 1997, p. 99.

²⁹ Ibid. p. 98.

Surgem então os aparelhos de *fax*, *telex*, e, no campo da informática o modem, que permite a comunicação *modem by modem*, ou seja, de computador a outro, por meio da telefonia. É a conhecida *internet*.

E assim não se deve perder de vista a *ratio legis*, ou seja, o que o legislador pretende abranger na elaboração de determinado regramento, seja ele qual for.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “(hoje) a locução ‘comunicação telefônica’, em conseqüência, está enriquecida. Não é simplesmente a conversação dos provectoros anos sessenta, senão a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel (celular)”³⁰.

Ainda no tema, o que seriam então “dados” telefônicos?

Seriam os escritos correspondentes às chamadas telefônicas, segundo Luiz F. Gomes que define: “(...) são os registros (geralmente escritos) pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica (não se confunda aqui com a empresa de telefonia do estado de São Paulo), tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc.”³¹.

Uma vez sendo a própria conta telefônica da pessoa, entraria no rol do que é privativo do indivíduo.

Enquanto a interceptação de uma comunicação telefônica versa sobre algo que está acontecendo no presente, a quebra do sigilo de dados telefônicos refere-se às chamadas pretéritas, ou seja, já realizadas.

Indaga-se então se seriam esses dados passíveis de “quebras”.

3.4 - Quebra do sigilo dos dados telefônicos.

Em face do texto confuso da Constituição, que nos obriga a entender que existe distinção entre dados e comunicação telefônica, o entendimento é conflituoso.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96**. 1997.p. 100.

³¹ Ibid. p. 100.

Entretanto, dois doutrinadores de grande renome em nosso país entendem que não são possíveis tais “quebras”.

Luiz Flávio Gomes afirma que: *“onde a lei diz ‘comunicações telefônicas’ não se pode ler ‘também’ registros telefônicos”*³², em nítida alusão ao princípio da taxatividade da lei penal.

Toma tal posicionamento tendo em vista o §1º, do artigo 6º³³, entendendo que assim cuidou das comunicações atuais, presentes.

Entende por fim que, tal como as comunicações, os dados telefônicos não contam com sigilo absoluto, podendo, por ordem do magistrado terem sua quebra decretada. Contudo, analisa que em tal caso, necessário houvesse lei (que não a das interceptações) regulamentando tal ato.

Para Vicente Greco Filho, *“o problema depende da extensão que se dê à ressalva ao sigilo conforme o disposto na Constituição, ou seja, se a expressão intercalada ‘no último caso’ refere-se apenas às comunicações telefônicas ou também à transmissão de dados”*³⁴.

Para referido autor é crucial se interpretar o raciocínio do legislador constituinte, ou seja, saber se ele, ao afirmar ‘no último caso’, optou por elencar apenas duas situações de sigilo: “o da correspondência, de um lado, e dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados, telefonia) de outro; ou se optou por quatro situações de sigilo: “o da correspondência (primeiro), as comunicações telegráficas (segundo), as de dados (terceiro) e as telefônicas (quarto). Sendo assim, ‘último caso’ refere-se tão somente a admissibilidade das interceptações das comunicações telefônicas.

Seu posicionamento é pelo último caso.

³² Ibid. p. 103.

³³ “no caso de a diligência possibilitar a gravação...”

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: Considerações sobre Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. p. 9.

Argumenta: *"comunicação telefônica não se confunde nem com comunicação por meio de linha telefônica. Telefone é aparelho de comunicação de voz, de modo que os outros instrumentos que se utilizam da linha telefônica somente por essa razão não podem ser a ele equiparados. Aliás, se a Constituição quisesse essa extensão teria usado a expressão 'comunicação por rede telefônica' ou mesmo 'por linha telefônica'. Não se aplica, pois, a autorização constitucional de interceptação às comunicações de fac-símile, transmissão de dados etc"*³⁵.

E finaliza: *"(...) a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interceptação deve ser restritiva quanto a esta ('exceptiora non sunt amplianda')"*.³⁶

Ada Pellegrini Grinover em sua obra "As nulidades no processo penal" discorre de forma ímpar acerca deste tema.

Diz ela que: *"No entanto, é possível que o STF venha a adotar uma terceira posição, segundo a qual a exceção constitucional ao sigilo abrangeria não apenas as comunicações telefônicas, mas também as de dados: não tanto porque o Supremo tem admitido por diversas vezes a quebra de dados bancários e dados de contas telefônicas (mas aqui se poderia argumentar com o fato de não haver 'comunicação de dados'), mas porque na questão de ordem da Petição 577, aos 25.03.1992, ficou expressamente assentado que o art. 5º, XII, da Constituição somente cogita de dois tipos de sigilo, divididos, cada um, em duas situações: a) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; b) sigilo de dados e comunicações telefônicas. Nesta última, afirmou o Min. Marco Aurélio, a inviolabilidade é relativa, sendo que sua quebra, prevista pelo art. 38 da Lei 4.595/64, foi recepcionada pela constituição superveniente. A ser mantido esse entendimento, tudo que se referisse a 'dados' (e não somente à sua comunicação) estaria abrangido pelo inc. XII do art. 5º da CF e a possibilidade de quebra do sigilo estaria prevista não só para as comunicações telefônicas, mas também quanto à comunicação de dados e dados 'tout court'"*³⁷.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibid. p 12.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 1997, p. 177.

Em meio a tantos autorizados pensamentos, pedimos vênia para modestamente nos posicionarmos.

A nós, não resta dúvida de que o Constituinte, ao elaborar o inciso XII do art. 5º da Carta Política fez exceção somente ao sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, aquela promovida pela conversa (voz, sons) entre pessoas.

Não nos é possível admitir que o político tivesse em mente, por exemplo, a efetiva utilização da *internet* em nossas vidas.

Desta feita, não foi seu desiderato permitir a quebra do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados (e suas comunicações), bem como a de qualquer forma de comunicação, exceto a conversação telefônica.

Entendemos pois que, se fossemos seguir o rigor da Lei Maior, de forma absolutamente restrita, o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados teriam sigilo absoluto e mais, só seria lícito permitir a quebra das conversas faladas (o que talvez seja até um pleonasma) pelo telefone.

Na era da informática, na qual o *fax* e *internet* se tornam dia-a-dia mais presentes nas comunicações das pessoas, não se pode restringir a eficácia da lei às comunicações telefônicas, entendidas em seu sentido estrito, se assim se pode dizer.

Ocorre que, tendo-se como respaldo a teoria da proporcionalidade e as lições apontadas por Ada Grinover, devemos ter em mente que a Constituição não pode servir de arma aos criminosos, protegendo as liberdades individuais mais que as liberdades coletivas.

O Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição deve zelar pela sua aplicação, mas não aplicação de sua literalidade, mas de sua *mens legis*.

Portanto, primeiramente pensamos que as comunicações telefônicas devem ser entendidas em um sentido mais elástico, abrangendo assim comunicações pela *internet*, aparelhos de *fax*, e o que mais permitir a rede de telefonia.

Em conseqüente pensamos que, os dados constantes das diligências de interceptação de comunicações telefônicas, não contam com sigilo absoluto.

Seria um absurdo admitir-se a realização da interceptação da comunicação telefônica de determinado investigado, gravar sua conversa, ou troca de *e-mails*, por exemplo, porém não se estabelecer com quem ele manteve contato.

De nada adiantaria se saber o que se comunicou, sem saber com quem se deu a comunicação.

Então, os números chamados telefônicos chamados pelo investigado, bem como a duração das conversas objetos da interceptação, seriam perfeitamente admissíveis no processo, como acessórios da interceptação das comunicações.

Apenas não entendemos lícito que tais 'dados' venham isolados nos autos, sem que esteja havendo uma interceptação de comunicação telefônica em curso.

3.5 - O Artigo 1º da lei 9.296/96 e seu parágrafo único.

Preceitua o artigo 1º da lei das interceptações telefônicas:

“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”³⁸.

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

Antes mesmo de falarmos do artigo 1º, convém discutirmos a respeito da (in) constitucionalidade do seu parágrafo único.

Embora tenhamos discorrido acerca do que é comunicação telefônica, das quebras de dados, talvez ainda exista uma lacuna em meio a tantas dúvidas que surgem.

³⁸ Vários autores. Coord. DE OLIVEIRA, Juarez. **Código Penal**. 1998, p. 556.

Existe uma corrente doutrinária que entende pela inconstitucionalidade de tal parágrafo, uma vez que a Constituição Federal faz referência tão somente às comunicações telefônicas, não podendo assim, o legislador ordinário ampliar o leque de incidência da norma regulamentadora à ‘interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática’.

Para outro posicionamento, tal parágrafo é constitucional, uma vez que a Carta Magna admitiria a interceptação de qualquer comunicação “por meio de telefone”.

A grande verdade é que a Carta Política data de 1988, ano que, embora existindo a *internet* e demais meios avançados de comunicação hoje existentes, era muito pouco conhecido em nosso país.

Como já afirmamos, isto nos leva a crer que o Constituinte não os levou em consideração e ao referir-se às ‘comunicações telefônicas’, afirmamos com convicção que referiu-se tão somente aquelas feitas por voz.

Diante disto, o legislador infraconstitucional se viu em situação ímpar, onde precisava adequar uma norma constitucional limitadora de direitos e deveres individuais (portanto não passível de mutações) à uma nova realidade, vez que em 1996, tais tecnologias já se encontravam mais presentes em nosso cotidiano.

Desta forma, não é outro o resultado senão, a nosso ver, a eterna discussão sobre o que é passível de quebra e o que não é.

Pensamos que, diante dessa realidade, mister se aplicar o princípio da proporcionalidade ao caso concreto.

Existem situações nas quais as liberdades do cidadão deverão ser obstadas frente a liberdades dos cidadãos.

3.6 – ‘juiz competente da ação principal’

Por juiz competente (ou juiz natural) deve se entender aquele cuja Constituição legou a tarefa de dirimir conflitos. É então, aquele a quem o Estado legou o poder de agir em seu nome para a solução dos litígios.

Mais que isso, para ser válida a autorização, aquele que a autoriza deve ser o juiz da ação principal, isto é, aquele a quem o processo já foi distribuído.

Diz-se então que aquele magistrado é prevento para aquele feito.

E se a realização da interceptação for requerida enquanto os autos estiverem na fase inquisitiva?

Argumenta Luiz F. Gomes: *“Em primeiro lugar, o fundamental é que o Juiz esteja no exercício da jurisdição penal (comum, federal, militar ou eleitoral). Depois, é só aplicar os critérios de fixação da competência: local da consumação do crime (fixa o foro) (CPP, art. 70), natureza da infração (CPP, art. 74) e distribuição (fixa o juízo) (CPP, art. 75)³⁹.*

O seguinte julgado ilustra de forma ímpar tal pensamento:

“ESCUTA TELEFÔNICA – Autorização – Admissibilidade – Identificação da autoria de ligações criminosas – Competência do Juízo Criminal – Sentença que indefere o pedido reformada – Recurso provido para determinar que a concessionária efetue a interceptação da linha – Aplicação do art. 5º, XII, da CF”.

“A autorização para a interceptação telefônica, medida preparatória destinada à identificação da autoria de ligações criminosas, é da competência do Juízo Criminal”. (Ap. 726.815-4 – 6ª C. – j. 25.3.92 – rel. Juiz Rubnes Gonçalves.

Aqui, de se observar que se trata de julgado anterior à Lei das Interceptações.

3.7 – A expressão ‘de qualquer natureza’.

O que deve se ter pela expressão “de qualquer natureza”?

Embora haja divergência doutrinária, nos filiamos ao pensamento de Luiz F. Gomes que entende ser a lei aplicável tanto nos casos de interceptação telefônica em sentido estrito, como de escuta telefônica.

Justifica-se argumentando que, *“o fato de um dos comunicadores saber da captação (escuta) não afasta a idéia de interceptação(...).”⁴⁰*

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 157.

⁴⁰ Ibid. p. 105.

Vicente Greco Filho, citado por Luiz F. Gomes⁴¹ em sua obra, ao fazer uma interpretação, um tanto quanto restritiva diga-se de passagem, acerca do tema, inspirado na premissa de que o sigilo é a regra e a interceptação, a exceção, afirma que a lei, ao expressar ‘comunicações telefônicas de qualquer natureza’, quer se referir tão somente às comunicações de voz entre os interlocutores.

Continua afirmando que não se deve confundir ‘comunicação telefônica’ com ‘comunicação por meio de linha telefônica’, vez que o telefone é aparelho de voz e os instrumentos que se utilizam de linha telefônicas para funcionar, por si só, não podem ser equiparados.

Assim, não admite a aplicabilidade da interceptação nos casos de comunicação via fac-símile, transmissão de dados, etc.

Contrária é a opinião de Luiz F. Gomes⁴².

Entende o autor que não se deve ter com tantas reservas e com âmbito de aplicabilidade tão restrito o dispositivo legal.

É partidário do mesmo pensamento de Antonio Scarance Fernandes que afirma: “*O fundamental, nos parece, é o uso da telefonia: tudo hoje se comunica pela telefonia) sons, imagens, dados, escritos, informações, sinais, etc.) é interceptável, legalmente (...)*”⁴³.

Data maxima venia os entendimentos em contrário, entendemos assistir maior razão a esta corrente, senão vejamos.

O próprio texto constitucional fala em ‘comunicações telefônicas, legando ao legislador ordinário a tarefa de regulá-lo, cabendo-lhe dar a extensão que entender necessária para a eficácia da lei.

Por sua vez, o artigo 1º da Lei das Interceptações, traz a expressão ‘comunicações telefônicas de qualquer natureza’, com o nítido intuito de abarcar não somente as feitas por meio de voz (conversas), como também qualquer outro meio utilizado para se estabelecer o contato.

⁴¹ Ibid. p. 112/113.

⁴² Ibid. p. 113.

⁴³ Ibid. p. 113.

É a definição constante dos nossos dicionários: “*comunicação*. S. f. 1. *Ato ou efeito de comunicar(-se)*. 2. *Ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamentos técnico especializado, sonoro e/ou visual*. (...)”⁴⁴ (grifei).

Ainda que não se convença pelos motivos alegados, mister também que se tenha com grande relevância a opção que melhor se ajuste à *mens legislatoris* (sentido que o legislador buscou na elaboração da norma) e à *mens legis* (sentido da lei).

Por fim, estamos convencidos de que, se dermos interpretação restrita ao dispositivo, limitando a aplicação da lei às comunicações faladas, estaremos contribuindo com a idéia de fazer do Estado o instrumento de que servem os criminosos para melhor atuarem.

Em razão dos avanços tecnológicos, a lei ficaria a cada dia mais obsoleta contribuindo para a impunidade.

Para não se pensar que o autor busca fazer uma extensão da lei sob todos os seus aspectos, esquecendo-se dos princípios da reserva legal, há de se considerar que ele entende estar excluídas do regime jurídico da lei a gravação telefônica, a gravação ambiental, a interceptação ambiental e a escuta ambiental, ante a ausência de disposição expressa.

3.8 – As gravações clandestinas.

Como é cediço, a expressão “gravações clandestinas” abarca tanto as gravações telefônicas (gravações clandestinas propriamente ditas), quanto as gravações ambientais (quando um dos interlocutores grava sua conversa entre presentes).

⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. 1998. p. 165.

Como nos ensina Avolio, “*tais gravações prendem-se à inexistência do fator ‘terzeità’, não podendo, portanto, se enquadrar no conceito de interceptação*”⁴⁵.

Pois bem, ambas não encontram amparo legal em nosso direito, sendo sua utilização uma afronta ao dispositivo constitucional.

Entenda-se bem que, o simples fato de gravar a conversa não configura qualquer ato ilícito.

Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação à divulgação de tais conversações.

Se se considerar a gravação um documento particular, sua divulgação indevida configuraria, em tese, o ilícito previsto no artigo 153 do Código Penal Brasileiro, sujeitando-se o violador às sanções legais.

“Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

*Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”*⁴⁶.

Não nos esqueçamos também que tal direito encontra-se insculpido no inciso X, do artigo 5º da própria Constituição da República:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Talvez pudessem ser utilizadas, como prova, como suporte para se provar a inocência de um acusado. (É mais uma vez a aplicação do princípio da proporcionalidade).

Os autores entendem não ser admissível no processo a revelação de conversa captada por um dos interlocutores, como prova da ocorrência de determinado crime.

Data venia, este não é nosso entendimento.

⁴⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 1995, p. 102.

⁴⁶ Vários autores. Coord. DE OLIVEIRA, Juarez. **Código Penal**. 1998, p. 86.

Se é possível ser utilizada para se provar a inocência de um acusado, também deveria servir à comprovação da prática e autoria de um crime por determinada pessoa.

Se assim não se entender, estaria se concedendo mais benefícios ao criminoso do que à vítima, em uma nítida inversão de valores e, entendemos que o Estado não pode laborar em prol dos criminosos e as leis servirem como mecanismos de defesa dos criminosos.

Ainda que se diga haver violação ao princípio constitucional da privacidade, uma vez que tal ato não encontra respaldo em qualquer legislação pátria, isso não pode contribuir para o surgimento da impunidade. Pedimos a *venia* para lembrar as lições (já vistas) de Ada P. Grinover que, em síntese, ensina-nos que as liberdades individuais devem ser tidas com certa restrição, senão estariam violando liberdades públicas.

Parece-nos que os doutrinadores não atentam à ressalva – ‘sem justa causa’ - contida no artigo 153, do Estatuto Penal, que compõe o elemento normativo do tipo, isto é, seu juízo de valoração.

Pergunta-se: não seria justa causa para a vítima gravar ameaças que vem recebendo pelo telefone, a fim de se descobrir seu autor e ter subsídios para propor eventual ação penal?

Pensamos que sim.

Desta forma, entendemos ser a melhor solução se fazer um misto entre a lei 9.296/96 e o artigo do *Codex* citado, pois, se houver justa causa para a divulgação do conteúdo de uma gravação, não se configuraria ilícito (*verba gracia*, a vítima que dela se utiliza para fazer prova de calúnias, ameaças que vem sofrendo, via telefone).

3.9.0 - Interceptação ambiental e escuta ambiental.

Como já foi explicado anteriormente, ambas constituem formas de captação de conversa, não telefônica, entre interlocutores.

A primeira se dá quando, sem o conhecimento dos interlocutores, terceira pessoa grava a conversação.

Nesse tópico, interessante a observação feita por Avolio.

Ensina-nos o professor: “(...) *não pratica interceptação o terceiro, ignorado pelos interlocutores, que escuta uma comunicação exteriorizada de modo a permitir que seja perceptível por qualquer circunstância, pois aqui faltaria o requisito da violação do direito à reserva da comunicação ('riservatezza')*”⁴⁷.

Isto quer dizer que os interlocutores que desejarem manter a conversação restrita aos presentes, devem propiciar meios para que isso aconteça.

Caso se encontrem em ambiente de fácil difusão de sons, devem estar cientes de que outra pessoa tem, ou pode ter, conhecimento do que foi ou está sendo debatido.

Em relação a este tema, ainda que não nos referindo diretamente à escuta ambiental, vale dizer narrar uma hipótese que pode perfeitamente ocorrer.

Imagine-se que um criminoso, que acabara de praticar uma conduta ilícita (um roubo, por exemplo), procura um advogado de sua confiança para se orientar.

Através de um telefonema procura manter contato com o causídico, entretanto não há ninguém do outro lado da linha.

Ante seu desespero, ele deixa um recado na secretária eletrônica do escritório, confessando e narrando o ocorrido.

Momentos após, um funcionário do local (um atendente, por exemplo), procura pelas mensagens deixadas na caixa postal e ouve o relato do delinqüente.

Pergunta-se: seria ilícita sua conduta?

Pensamos que não.

Se o roubador optou por deixar gravada sua mensagem, sem saber quem seria o primeiro a ter contato com a mesma, deve-se entender que o funcionário do escritório não agiu com a intenção de quebrar um sigilo.

O criminoso devia se precaver para que somente aquele em quem confiava, ouvisse a confissão.

⁴⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 1995, p. 98.

Pois bem, de outra banda, ao falar-se em escuta ambiental, entende-se que um dos presentes participante da conversa, a grava sub-repticiamente.

3.9.1 – Campo de aplicação da norma (a questão da ‘prova emprestada’).

Outra questão controvertida é a amplitude de eficácia da lei nos casos concretos.

Basta correr os olhos pelo artigo 1º para se perceber que a norma limita a admissão das interceptações “*para prova em investigação criminal e em instrução penal*”.

Assim, à primeira vista, por lógica, deve-se entender que tal artifício não é legítimo dentro da esfera civil.

Pertinente, portanto, a indagação: é admissível em nosso Direito o empréstimo de provas para outras searas? Ou ainda, qual a definição exata de prova emprestada?

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, em sua obra, citam Bentham, para quem a prova emprestada “*é aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão*”.⁴⁸

Embora diversos autores entendam imprestáveis para quaisquer outros procedimentos ou processos que não aquele para o qual foram produzidas, em respeito à vontade do legislador de permiti-las somente para ‘fins criminais’, entendemos haver mais razão a Nelson Nery Júnior que é pela sua admissibilidade.

Ensina-nos Nelson Nery que: “*a prova obtida licitamente para servir de embasamento à condenação criminal pode ser trasladada (ou emprestada) ao processo civil, desde que a parte contra a qual for ser produzida tenha participado do*

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 1997, p. 122.

processo penal donde originou a prova emprestada, tendo em vista o respeito ao princípio do contraditório".⁴⁹

A propósito, este também é o entendimento de Ada Grinover.

Pensamos ser possível o empréstimo de provas (desde que obtidas originariamente de forma legítima), pois não ofenderia nenhum princípio constitucional.

É o que se depreende das anotações de Theotonio Negrão, que servem perfeitamente para ilustrar nosso pensamento: *"Não vale a prova emprestada, quando colhida sem caráter contraditório (v. CF 5º- LV, neste sentido), e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito policial (RJTJESP 99/201, RP 43/289, à p. 290).*

*Vale, porém, a prova emprestada 'colhida em regular contraditório, com a participação da parte contra quem deve operar' (JTA 111/360) ou entre as mesmas partes e a propósito de tema sobre o qual houve contraditoriedade (RT 614/69, bem fundamentado, 719/166, JTA 106/207, RJTAMG 29/224)".*⁵⁰

3.9.2 – Causas que não autorizam as interceptações.

O artigo 2º da Lei 9.296/96 assim se expressa:

"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;

⁴⁹ RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 1998. p. 42.

⁵⁰ NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 1998. p. 309.

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”⁵¹.

A nosso ver, alguns equívocos foram cometidos pelo legislador quando da redação do dispositivo.

Em primeiro lugar optou o político por elencar as hipóteses de não ocorrência da lei, quando melhor seria indicar taxativamente (princípio da reserva legal) aquelas que a autorizasse. Assim, inverteu a regra pela exceção.

E mais, pelo próprio texto do *caput*, observa-se que basta uma das três hipóteses elencadas nos incisos ocorra para que então sejam vedadas as interceptações, limitando excessivamente as possibilidades de incidência.

Isso sem se mencionar o quão abertos são os incisos I e II, legando sua interpretação aos Tribunais.

Com relação ao inciso III, entendemos que o legislador foi extremamente infeliz porque, além de possibilitar a interceptação telefônica em casos de furto simples (reclusão, de um a quatro anos e multa), veda que o mesmo procedimento seja adotado em delitos como calúnia, difamação, ameaça, dentre outros que são apenados com restrição de liberdade detentivas, esses sim muito mais carentes de uma interferência tecnológica, se assim pudermos chamar, para se identificar os suspeitos.

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: Considerações sobre Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

IV - Do procedimento

4.0 – Quem pode fazer o pedido.

Passando-se para o artigo 3º da lei, temos que:

“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”⁵².

Inicialmente necessário se consignar que para Luiz F. Gomes, o juiz não poderia, *ex officio*, determinar a interceptação telefônica.

Argumenta que “(...) *não é tarefa dele encontrar o ‘fumus boni iuris’, tomar a iniciativa da colheita da prova, em suma, investigar*”⁵³.

E continua afirmando que assim agindo, estaria afrontando os incisos LIV (que cuida do devido processo legal) e LVI (que refere-se às provas ilícitas), ambos do artigo 5º da Carta Magna.

Data venia, discordamos do autor.

Pensamos que o fato de o magistrado determinar a realização de uma interceptação telefônica, sem requerimento dos legitimados nos incisos I e II do dispositivo legal, não ofende de forma alguma qualquer princípio constitucional.

1996. p. 53/54.

⁵² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: Considerações sobre Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. 1996. p. 54.

Assim o fazendo, não significa que tende a condenar o réu.

O juiz busca tão somente meios para se convencer da existência ou não de algum crime.

Não podemos concordar que estaria dessa forma, sendo imparcial e pré-julgando o processo.

Por outro lado, cabe-nos fazer uma ressalva.

Em uma primeira leitura do texto da lei, é possível entender que seria lícito ao magistrado determinar, de ofício, a realização da interceptação ainda na fase inquisitiva (ou mesmo antes dela).

Entretanto, tendo-se em mente os princípios que norteiam a função jurisdicional, não podemos concordar que o juiz possa fazê-lo.

Não se discute isso na fase processual, porém quando o procedimento ainda estiver na fase administrativa, não lhe cabe investigar.

Entendemos que a busca da verdade real deve prevalecer após a existência de um processo penal, não antes.

Ainda acerca do mesmo artigo de lei, mister salientar que, embora possam surgir dúvidas quanto ao significado da expressão 'poderá ser determinada pelo juiz', entendemos haver mais um 'poder-dever' do magistrado do que uma simples faculdade.

Em havendo requerimento do delegado de polícia, bem como do representante do Ministério Público, o juiz deve conceder o pedido, sob pena de cerceamento da acusação.

Argumenta-se isto com base no disposto no artigo 4º da lei.

4.1 – Requisitos da lei e fundamentos da autorização.

Preceitua o artigo 4º da lei:

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 201.

“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”.

De ver-se portanto que, para que seja requerida a interceptação telefônica, tanto a autoridade policial, bem como o representante do Ministério Público devem ‘obedecer’ a certos critérios, isso talvez para obstruir quaisquer interferências de caráter autoritário, intransigente e movidas por especulação por parte de tais legitimados.

Os parágrafos 2º e 4º do mesmo dispositivo alertam para a possibilidade de o pedido ser feito oralmente, tendo o magistrado, neste caso, o prazo de 24 horas para decidir o pedido.

Nesse mesmo diapasão é artigo 5º da referida lei:

“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”⁵⁴.

Luiz F. Gomes, citando Couture, nos ensina que, a fundamentação consiste *“no conjunto de motivos, razões ou argumentos de fato e especialmente de direito em que se apóia uma decisão judicial”⁵⁵.*

Continua afirmando que, os pressupostos necessários para um eventual pedido com caráter cautelar, podem não ser suficientes para dar prosseguimento das diligências.

Consoante ensinamentos de Vicente Greco Filho, *“podem ser reexaminados (os pressupostos e requisitos), por ocasião da sentença definitiva. Desse modo, embora tenha a interceptação sido deferida por autorização judicial, no final, pode a*

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica:** Considerações sobre Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. 1996. p. 55.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica:** Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 213.

prova ser considerada ilegal ou inconstitucional: tudo depende da exata correspondência entre a base fática e o ordenamento jurídico".⁵⁶

De ver-se como o legislador resguardou eventuais arbítrios por parte dos aplicadores do Direito no casos concretos (a nosso ver em até certa demasia), eis que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada.

Talvez a razão de ser de tantas preocupações do Poder Legislativo seja para coibir que juizes tomem decisões ao seu puro alvedrio.

Fato certo é que, com maior número de exigências para a execução do ato, aumentam as chances de ocorrer nulidades, o que vem para beneficiar os criminosos.

E, enfim, discute-se por quantas vezes o pedido pode ser renovado.

Existem duas correntes que se pronunciam acerca do tema.

Para uma, a possibilidade de ser renovada a autorização judicial limita-se a uma⁵⁷.

Para a outra, que tem como filiados Damásio de Jesus e Antonio Scarance Fernandes, quantas vezes forem necessárias.

Como a lei não faz menção expressa acerca do limite, entendemos haver maior razão a este segundo posicionamento.

O que não lhe pode faltar é o caráter de indispensabilidade. Em não havendo tal fato, nula será a decisão que acatar a renovação do pedido.

4.2 - A execução do ato.

Diz o artigo 6º:

“Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao

⁵⁶ Ibid. p. 216.

⁵⁷ Assim entendem Paulo Napoleão Quezado e Clarisier Cavalcante, citados por Luiz Flávio Gomes, em sua obra “Interceptação telefônica, 1997, p. 219.

Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.

Uma vez que o pedido é deferido *inaudita altera pars* (caso contrário, não haveria razão de ser), o investigado não tem, até o momento, chance de interpor qualquer recurso. Entretanto, durante a exposição do apurado, pode impetrar *habeas corpus*, se considerar que ocorreu alguma nulidade na colheita da prova.

Quanto ao recurso cabível para o Ministério Público, diante do indeferimento do pedido de interceptação, urge esclarecer algumas questões.

Primeiramente, já falamos *en passant* que a expressão ‘poderá’ causa dúvidas quanto a significar faculdade ou obrigatoriedade do juiz em deferir o pedido.

Luiz F. Gomes⁵⁸ entende que, em estando presentes todos os requisitos indispensáveis para a propositura do requerimento, deve o magistrado deferir o pedido.

O autor entende que “o ‘poderá’ foi utilizado como uma faculdade absoluta do juiz, que é inconcebível no Estado de Direito”⁵⁹.

Entende, no caso de não deferimento do pedido, ser lícito ao Órgão do Ministério Público ingressar com Mandado de Segurança, embora faça a ressalva de que Damásio entende cabível a Apelação⁶⁰.

Nota-se que os autores se omitiram quanto ao indeferimento de pedido feito pela autoridade policial. Poderia também esta impetrar mandado de Segurança?

Pensamos que não.

A autoridade policial não é parte, não possuindo assim o *jus postulandi*.

O *dominus litis* é o Ministério Público.

O mais correto seria, ao lhe ser negada autorização para a realização do ato, a autoridade policial representar ao Ministério Público para que este fizesse o requerimento ao juiz.

O parágrafo primeiro do citado artigo dispõe:

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 197.

⁵⁹ Ibid. p. 197.

⁶⁰ Ibid. p. 198.

“No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição”.

Aqui cabe ressaltar a discussão já proposta no início dos trabalhos, na qual se analisou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, em relação ao qual Vicente Greco Filho, em sua obra “Interceptação telefônica, considerações sobre a lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996” dedica todo um capítulo.

Enquanto o parágrafo único do artigo 1º trata da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, pela leitura do parágrafo primeiro do artigo 6º, dá a entender que somente as comunicações de voz são passíveis de interceptação, eis que agora o dispositivo legal fala na possibilidade da gravação da comunicação interceptada e sua posterior transcrição, o que se entende possível em algo que ocorre no tempo presente).

Entendemos que esse ‘fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática’ seria uma espécie do gênero ‘dados’, para o qual já nos posicionamos, em regra, contra sua interceptação, ante a reserva constitucional.

Percebe-se assim o quão antagônica é a lei infraconstitucional.

Depois, temos o parágrafo 2º do artigo 6º:

“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”.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “o auto deve conter o resumo das operações realizadas, qual foi o ‘modus operandi’, quanto tempo demorou, qual foi o telefone interceptado, qual foi o resultado obtido, se houve “encontro fortuito”, etc”⁶¹.

4.3 - A expressão encontro ‘fortuito’

⁶¹ Ibid. p. 222/223.

A lei é clara ao delimitar o objeto da investigação.

Assim, quem eventualmente requerer a realização de uma interceptação telefônica - autoridade policial ou membro do Ministério Público – deve descrever com clareza a situação objeto da investigação, bem como indicar e qualificar os sujeitos passivos da investigação.

Ocorre que, durante as diligências, podem surgir novos crimes, novos suspeitos (que não objetos da investigação específica em curso). É o que a doutrina chama de 'caso fortuito' (*hallazgos fortuitos*, em alemão). Seriam então, nesses casos, as (novas) provas aceitas no processo?

O direito alemão as aceita, desde que os crimes descobertos constem do rol daqueles cuja prática autorize interceptações⁶². Frise-se que não necessariamente precisam ter conexão com o delito sob investigação.

Nosso direito pátrio admite a validade da obtenção e utilização em Juízo desse tipo de prova, desde que o crime extra descoberto mantenha uma relação de conexão e/ou de continência com aquele objeto da investigação e ainda, seja passível de interceptação (de acordo com o disposto no artigo 2º da lei 9.296/96)⁶³.

Observe-se que o que não se admite é o encontro de delito que não possui conexão com o fato investigado e nem tenha sido praticado por pessoa que não tenha qualquer relação com as investigadas naquela diligência específica.

Embora assim entenda a maioria dos juristas, Damásio E. de Jesus⁶⁴ entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese.

O parágrafo 3º do dispositivo faz referência direta ao artigo 8º da lei, do qual falaremos posteriormente.

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

⁶² Ibid. p. 193.

⁶³ Ibid. P. 194.

⁶⁴ Ibidem.

4.4 - A possibilidade de auxílio de técnico das empresas de telefonia

O artigo 7º da lei das interceptações dispõe que:

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

De ver-se portanto que, ainda que a interceptação tenha sido realizada a requerimento do Órgão do Ministério Público, quem efetivamente conduzirá os trabalhos são os Delegados de Polícia, ainda que o investigado seja alguma autoridade policial. É certo, como bem expressa o texto legal, que àquele é dada ciência dos atos praticados.

Também é de se observar que à autoridade policial é facultado recorrer ao auxílio dos serviços técnicos especializados das empresas concessionárias que exploram o ramo da telefonia.

Reputamos a isso uma faca de dois gumes, como se diz vulgarmente.

Enquanto o auxílio técnico de especialistas pode viabilizar e contribuir sobremaneira a execução dos trabalhos, relega à pura sorte a idoneidade de seus agentes na manutenção do sigilo das interceptações.

Mas, como toda ação se presume de boa-fé até prova em contrário, nada há que se fazer.

Compete à autoridade policial julgar pela conveniência ou não da ajuda externa.

4.5 – Autos apartados, preservação do sigilo e momento de juntada aos autos

É o Artigo 8º:

“A interceptação da 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”.

Esse artigo oferece algumas minúcias que devem ser analisadas.

Ele traz alguns dispositivos do Código de Processo Penal.

O que todos eles têm em comum é que fazem referência a um mesmo momento processual.

O primeiro caso, que se refere ao inquérito policial, parece bastante lógico, uma vez que a lei prevê a apensação das diligências antes do relatório policial, com certeza para que nesse a autoridade policial se pronuncie também quanto ao fruto das interceptações realizadas.

Os três últimos dispositivos elencam os casos em que, durante a instrução processual, o juiz se manifesta basicamente a fim de sanar alguma irregularidade. Pode também determinar diligências que julgar necessárias para melhor apreciação do feito.

Da mesma forma, o magistrado aprecia o feito, já tendo em mãos o resultado das investigações, ocasião em que faz as análises imprescindíveis para o desfecho processual.

Aqui, cabe ressaltar que o juiz que atuar nessa fase deve ser o mesmo que anteriormente se manifestou (quando da autorização para a realização das interceptações telefônicas), a par do que dispõe o artigo 1º da lei 9.296/96.

Mais uma vez devemos lembrar que a interceptação de comunicações telefônicas se trata de medida cautelar, realizado sem a ciência do investigado (*inaudita altera pars*).

Poderiam surgir manifestações no sentido da inconstitucionalidade de tal procedimento uma vez que se estaria afrontando o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O sujeito passivo não teria como se defender das provas produzidas, que poderiam estar sendo realizadas em seu desfavor.

Ora, como se conciliar a investigação do suspeito de crimes e ao mesmo tempo avisá-lo de tal fato?

Nas palavras de Luiz F. Gomes, *“Uma coisa é o apensamento (que é retardado o mais possível para se evitar qualquer tipo de quebra, frente a terceiros, no sigilo das comunicações), outra bem distinta é o direito de ser informado sobre o conteúdo da interceptação já concluída. O que não é sustentável é eventual tentativa de saber o que foi captado, antes das transcrições finais”*. E finaliza: *“Mas concluídas as diligências, nada mais justifica o segredo interno absoluto (frente ao investigado). A partir daí, o que vigora é o princípio da publicidade interna restrita”*⁶⁵.

Caso contrário, as provas seriam juntadas ao processo somente após as alegações finais das partes, em uma nítida obstrução à ação tanto da acusação, como da Defesa, isto porque nem esta ou aquela poderia se manifestar acerca do que foi colhido. Seriam assim, completamente desnecessárias e sem razão de ser.

Na verdade, enxergamos aí uma completa incongruência.

A lei limita a inserção do resultado das interceptações antes do relatório final do delegado (até aí tudo bem, porque haveria oportunidade das partes se manifestarem durante a instrução), ou antes da sentença.

É nesse segundo ponto que indagamos: Como poderiam as partes saber do que se tratam (as informações investigativas colhidas) se até então não tiveram contato com as mesmas? Seriam então utilizadas apenas pelo juiz?

Embora a doutrina não tenha ainda se posicionado quanto ao mais correto momento de os interessados terem acesso à prova obtida, Damásio⁶⁶ procura interpretar a *mens legis*.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 229.

⁶⁶ DE JESUS, Damásio E. **Interceptações de comunicações telefônicas** in Revista dos Tribunais 735/458-473.

Para tal autor, há de se distinguir primeiramente duas situações: prova colhida dentro do processo e prova colhida na fase de inquérito. *“Naquela o conhecimento deve dar-se após a produção do documento; nesta hipótese, após a citação do réu”*⁶⁷.

Somos da mesma opinião de Luiz F. Gomes que afirma: *“(...) pouco importando se a interceptação foi determinada durante o inquérito (ou investigação) ou durante o processo, concluídas as diligências, gravações e transcrições, deve ser levantado o segredo de justiça frente ao investigado e ‘seu’ (e não qualquer outro) defensor, facultando-lhe acesso à prova”*⁶⁸.

Pensamos sinceramente que assim estaria dando-se acolhida ao princípios básicos do Estado de Direito, como o contraditório e a ampla defesa.

Para se ter idéia de como a matéria é de difícil interpretação, reproduzimos uma ementa do Tribunal de Alçada Civil:

“PROVA – Reprodução fonográfica de conversa telefônica – Obtenção sem interceptação ou qualquer outro meio ilícito – Admissibilidade – Desnecessidade de conhecimento de sua formação pela parte contrária – Inteligência e aplicação dos arts. 332 e 383 do CPC”.

“Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383 do CPC, independendo a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte”. (AI 209.028-2 – 2ª C. – j. 20.5.87 – rel. Juiz Batista Lopes.

Nesse caso, entendeu a Turma Julgadora que, no caso de haver interceptação propriamente dita, necessário houvesse o conhecimento da outra parte.

É interessante de se notar que, mesmo tendo sido discutida a matéria bem antes da Lei (e mesmo da Carta Política de 1988), não se tem como negar que o

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 230.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296/96, de 24.07.96. 1997.p. 230/231.

legislador contemporâneo se utilizou destes ensinamentos para tentar resolver a questão.

4.6 – Inutilização do que for imprestável ao processo

Preceitua o Artigo 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”.

Deve se entender, *a priori*, que não somente a gravação (voz) deve ser inutilizada quando desnecessária à persecução penal, mas qualquer elemento oriundo dela (interceptação), como por exemplo as gravações dela originadas.

Ainda, é o juiz quem deve se comprometer a providenciar tal execução.

O texto legal alude à obrigatoriedade de se inutilizar a prova inútil, e não à mera faculdade. Nem mesmo o Ministério Público, ou a parte interessada pode obstar a ação do juiz, o que se diga então de simplesmente pisar sobre fitas cassetes cujo conteúdo contenham informações da mais alta valia perante o cenário público nacional, como aconteceu em recente episódio da nossa história.

É claro que podem surgir ocasiões em que todo o gravado deva permanecer nos autos, por interessar à causa.

Referimo-nos portanto, tão somente àquilo que excede, e isto cabe ao órgão julgador decidir, sempre após requerimento do membro do *parquet* ou da parte interessada.

Entenda-se com parte qualquer pessoa que tenha envolvimento direto naquilo que foi objeto da interceptação e não apenas o acusado.

E também, como alerta Luiz F. Gomes, onde se lê 'acusado', deve ser lido também 'investigado'.

Do ato de inutilização, imprescindivelmente deve ser lavrado auto circunstanciado e da decisão (quer conceda o pedido ou o negue, cabe apelação). Entretanto, ao terceiro interessado, por não fazer parte do processo, só resta o mandado de segurança, como nos ensina Luiz F. Gomes.

4.7 - O ilícito penal

Discorre o Artigo 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”.

Enfim, chegamos ao único dispositivo da lei que se refere à prática de conduta criminosa.

Mister salientar-se que, para a configuração do delito, necessário de fazerem presente os elementos normativos do tipo que se apresentam nas formas de franca referência ao injusto: 'sem autorização judicial' e 'com objetivos não autorizados em lei'.

Como bem salienta Luiz F. Gomes⁶⁹, esta disposição legal não derroga o artigo 151, §1º, inciso II (ou mesmo o artigo 153) do Estatuto Penal. Cada qual tem seu âmbito de incidência específico.

A lei nova 'antecipa' a prática do crime.

Antes, só cometeria ilícito o agente que divulgasse a gravação telefônica.

Com o advento da lei 9.296/96, basta o ato de interceptar (sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei) para se caracterizar o delito.

⁶⁹ Ibid. p. 242.

Como raciocínio lógico, fica claro que o fato de divulgar o que se interceptou ilegalmente (em sendo a mesma pessoa), seria apenas um exaurimento do crime (*post factum* impunível).

Ainda existe a terceira conduta que consiste em quebrar o sigilo da Justiça.

Pensamos que a vontade do legislador era de incriminar a conduta daquele que, em razão da facilitação de estar em contato direto com o objeto das interceptações, não possa divulgá-lo a seu bel prazer.

Seriam, a nosso ver, sujeitos ativos dessa conduta específica o funcionário da empresa telefônica concessionária, o cartorário, ou mesmo a autoridade policial, membro do Ministério Público, advogado da parte e magistrado. Seria portanto, em relação exclusiva a essa conduta, um delito próprio.

Não se considera impossível que alguém (que não os elencados acima) se aposses de autos cujo conteúdo seja o resultado de uma diligência desse tipo e venha a divulgá-lo, quebrando assim o sigilo, mas entendemos ser mais difícil.

Interessante que, ou por vontade própria ou por mero erro de grafia, a lei refere-se à quebra de segredo da Justiça (grifo nosso).

Entendemos que dessa forma o político 'personificou' a Justiça, fazendo levar a crer que ela é ente dotado de capacidade para agir em Juízo, podendo ser parte em determinada demanda e que o segredo lhe pertence e não ao investigado.

Quanto à irretroatividade na norma penal, deve entender-se que, como se trata de neocriminalização, somente se aplica para fatos ocorridos depois de 25 de julho de 1996 (vigência da lei).

4.8 - Vigência da Lei

É o Artigo 11:

“Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Como dito anteriormente, o artigo 10 a referida lei trata-se de *novatio legis* incriminadora, tendo portanto sua aplicação a partir de então.

De outra banda, os demais dispositivos legais tratam de normas eminentemente processuais, vez que regulamentam as interceptações telefônicas, devendo assim ter eficácia imediata, a teor do que dispõe o artigo 2º do Código de Processo Penal.

Assim, a lei deveria ser aplicada ainda para aqueles processos já iniciados.

Saliente-se porém que a lei não convalida as interceptações realizadas anteriormente a ela.

Desta feita, interceptações realizadas antes de 25.07.96 são nulas, de acordo com entendimento da nossa Suprema Corte.

4.9 - Revogação das disposições em contrário

Art. 12.

“Revogam-se as disposições em contrário”.

Poderiam suscitar indagações se a lei 9.296/96 teria revogado a lei 4.117/62 que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e que precariamente regulamentava o procedimento de interceptação telefônica.

Parcialmente seria a melhor resposta, tendo como um dos exemplos o artigo 56 daquela lei que dispunha acerca da prática de crime.

V - A LEI N.º 10.217/01

5.0 – Primeiras considerações

A lei n.º 10.217, de abril de 2001 teve como objetivo alterar o artigo 1º e acrescentar os incisos IV e V ao artigo 2º da Lei n.º 9.034/95 (Lei do Crime Organizado).

Pois bem, qual a relação entre esses regramentos e o objeto do nosso estudo?

Preceitua o artigo 2º, inciso IV, com a alteração vigente:

“Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

- a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.*

Em uma primeira vista, poder-se-ia imaginar que o citado dispositivo trata-se de norma ausente na Lei de Interceptações, passando agora a integrá-la, para melhor adequá-la.

Entretanto não o é.

O inciso IV tem como objetivo propiciar melhores condições para que o Estado descubra a existência de organizações criminosas, fato que vem crescendo assustadoramente em nosso País.

Buscou o legislador melhor aparelhar seus agentes de repressão a fim de coibir a proliferação de tais organizações.

Ocorre que a Lei 9.296/96 regulamentou dispositivo constitucional que, desde sua origem traçava os limites nos quais o legislador infraconstitucional deveria se ater (comunicações telefônicas).

Assim é que a Lei das Interceptações limita-se às comunicações telefônicas como quer a Carta Magna. Cabe aqui a ressalva da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, sobre a qual já discorreremos.

Desta forma, entendemos eivado o dispositivo legal que autorize a ‘captação e a interceptação ambiental’, vez que contraria princípio da Lei Maior.

5.1 - O parecer do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais (CAOCrim).

Tão tormentoso é o assunto que o advogado Luiz Flávio Borges D’Urso em abril do mesmo ano, interpelou a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, demonstrando sua preocupação com tais institutos.

Alega a falta de previsão constitucional para tais normas.

A comunicação foi remetida para o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais ocasião em que os doutores Eduardo Araujo da Silva (Promotor de Justiça – Assessor no CAOCrim) e José Osvaldo Molineiro (Procurador de Justiça – Coordenador do CAOCrim), se posicionaram pela constitucionalidade das alterações vigentes, ante o princípio da proporcionalidade.

Entenderam que não existe ilicitude em tal norma, uma vez que disciplinada por lei infraconstitucional, alentando para o fato de que, *“extrai-se da estrutura da própria Constituição da República, a necessidade de excepcionalmente se restringir algumas garantias individuais, para proporcionalmente possibilitar a apuração de certas condutas delituosas consideradas graves”*⁷⁰.

⁷⁰ Parecer fornecido pelo CAOCrim em abril do corrente ano encontrado no site www.mp.sp.gov.br.

Citam Jesús-Maria Silva Sánches, para quem *“frente ao fenômeno da criminalidade organizada, impõe-se que algumas garantias processuais sejam ‘reinterpretadas’, razão pela qual entende inevitável, nos dias atuais, reformas anti-garantistas para a apuração de certas formas de crime”*.

Cabe esclarecer, entretanto, que tal posicionamento não reflete necessariamente o entendimento da Promotoria de Justiça.

Realmente não há como deixar de refletir acerca do tema.

Muitas das restrições previstas na Carta Política devem ser tidas com reservas e ser analisadas à luz do dia-a-dia da sociedade.

Resta saber qual a melhor maneira de dosar isso e lidar com os opostos liberdade individual X liberdade dos indivíduos.

VI - CONCLUSÃO

Pois bem, conforme visto, o presente trabalho buscou analisar e criticar a Lei das Interceptações Telefônicas.

Essa lei surgiu em um momento no qual há grande expansão da informática.

O que hoje é novidade, amanhã é obsoleto.

Além disso e primordialmente, a presente norma surgiu com o objetivo de regular dispositivo constitucional, o que deve ter sido tarefa árdua para o legislador ordinário.

Nossa Carta Magna é composta de muitas minúncias e, por vezes, encontramos incongruências entre seus próprios dispositivos.

Desta forma, o que não dizer de regramento infra-constitucional que venha a “explicá-la”, ou parte dela.

O próprio inciso XII da carta Política já dispunha que a norma que viesse a regulá-lo se limitasse e ficasse restrito tão somente à matéria penal (‘casos de investigação criminal ou instrução em processo penal’). Por que?

Poder-se-ia dizer que isto se deve ao fato de caber ao Estado a pacificação social, a busca da solução dos conflitos. Pois bem, e no âmbito civil isto não ocorre?

Damásio no estudo que faz acerca do tema (in RT – 735 – Janeiro de 1997 – 86º Ano), nos recorda que “A ONU, em 1973, no § 177 do Doc. N. E. Cm, 4/1. 116, de 23 de janeiro, recomendou aos Estados-membros que descrevessem como crime a interceptação telefônica, salvo em determinados casos, como quando determinada por autoridade judicial em investigação criminal” (grifei). Pode ter sido este o motivo no qual o constituinte se respaldou para restringir as interceptações ao campo penal.

E conjuntamente a isso, deve se entender que, tomando-se como premissa de que o sigilo é regra e sua 'quebra' a exceção, buscou o político legar esse 'poder de intromissão' na vida alheia ao Estado apenas em casos extremos, daí porque se diz que o Direito Penal é a *ultima ratio*.

Mas só isso não convence.

Até que o ponto o Estado, como ente protetor dos direitos da sociedade como um todo, pode interferir na vida privada das pessoas?

O artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III diz respeito à República Federativa do Brasil constituir-se em um estado Democrático de Direito e que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Como fica a questão da dignidade humana em face da 'bisbilhotice' exercida para preservação da ordem pública?

Seria a dignidade humana, a liberdade dos humanos, seus direitos de privacidade e intimidade princípios absolutos, que não pudessem ser transponíveis independente da razão que levasse a isso?

Particularmente pensamos que não.

Ainda que em nossa Lei Maior encontremos um enorme número de dispositivos referentes à individualidade humana, mesmo porque também é chamada de Constituição Cidadã, devemos tê-los com reserva.

Há de se considerar que sua promulgação deu-se em meio a um processo de democratização em nossa Nação, que havia sofrido muito com a ditadura e os regimes autoritários.

Assim, buscou o Constituinte Originário legar aos cidadãos brasileiros muito mais direitos do que deveres.

Esqueceu que podia com isso contribuir em grande parte com a sensação de proteção e amparo que muitos criminosos sentem quando é o momento de colocarem seus planos em ação.

Nesse diapasão e tomando-se como base a lei das interceptações telefônicas, não entendemos porque o texto constitucional limitou o seu âmbito de incidência.

Tem-se também que considerar o processo permanente de transformação pelo qual passa toda a humanidade, que leva conseqüentemente a uma necessidade do Homem se adaptar ao novo.

Ensina-nos Paulo José da Costa Junior: *“a técnica conspira tão insidiosamente contra a intimidade e a individualidade do homem moderno, que já não podemos impedir a transposição de nossa própria imagem para além de nossos domínios e controle”*⁷¹.

Sopesando-se os prós e os contras, conclui-se que o direito à privacidade e intimidade é fundamental em toda civilização, entretanto, e isso é bom que fique muitíssimo claro, não é (e arriscamos a dizer que nunca será) absoluto, pois, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, citada por Damásio E. de Jesus (in RT – 735 – Janeiro de 1997 – 86º Ano, p. 459), *“as garantias individuais previstas na Carta Magna têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações”*.

Pensamos em uma lei que viesse a melhor disciplinar o dispositivo constitucional em questão.

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e instrução processual penal observará o disposto nesta Lei.

Parágrafo único: As provas eventualmente obtidas com a realização das interceptações telefônicas para fins criminais poderão servir como provas no âmbito civil, se as partes forem as mesmas.

Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação ou qualquer descrição que possibilite a identificação dos acusados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

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

⁷¹ DA COSTA JUNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. p. 28.

I – da autoridade policial, na investigação criminal;

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

Parágrafo único. Quando da instrução penal, o juiz pode determinar a realização das interceptações das comunicações telefônicas de ofício.

Art. 4º. O pedido deve ser feito por escrito, cabendo a quem o fizer, fundamentá-lo.

§1º. O pedido poderá ser feito verbalmente, desde que presentes os mesmos requisitos para o pedido escrito e será reduzido a termo.

§2º. O juiz decidirá no prazo de 24 horas.

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade e a diligência 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, com as gravações já transcritas.

§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 correspondências, 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 nos artigos 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, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em Lei.

Pena: reclusão, de um a três anos, ou multa.

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

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

VII - APÊNDICE

LEI 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996 – DOU, 25 JUL.1996

Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal/88.

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 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 correspondências, 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 nos artigos 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 de 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.

Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962

Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações
(apenas alguns artigos de interesse)

Art. 55. É inviolável a telecomunicação nos termos desta Lei.

Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

§1º Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou inutilizar, telecomunicação interceptada.

§2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação.

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I – a receptação de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II – o conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta Lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.

Art. 58. Nos crimes de violação da telecomunicação, a que se referem esta Lei e o art. 151 do Código Penal, caberão ainda, as seguintes penas:

I – para as concessionárias ou permissionárias as previstas nos arts. 62 e 63, se culpados por ação ou omissão e independentemente da ação criminal;

II – para as pessoas físicas:

- a) 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção ou perda de cargo ou emprego apurada a responsabilidade em processo regular, iniciado com o afastamento imediato do acusado até decisão final;
- b) para autoridade responsável por violação da telecomunicação, as penas previstas na legislação em vigor serão aplicadas em dobro;
- c) serão suspensos ou cassados, na proporção da gravidade da infração, os certificados dos operadores profissionais e dos amadores responsáveis pelo crime de violação da telecomunicação.

LEI n.º 10.217, de 11 de abril de 2001

Altera os arts. 1º e 2º da Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, que 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:

Art. 1º Os arts. 1º e 2º da Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘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 tip.’ (NR)

‘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:’

‘...’

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração’.



Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de abril de 2001;

180º da Independência

e 113º da República

Fernando Henrique Cardoso

José Gregori

Alberto Mendes Cardoso

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O direito de estar só.** Tutela da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 93 p.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997. 14^o v. 816 p.

FERREIRA FILHO, Manoel G., GRINOVER, Ada Pellegrini, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades Públicas.** São Paulo: Saraiva, 1978. 530 p.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 278 p.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei n.º 9.296/96 de 24 de julho de 1996).** São Paulo: Saraiva, 1996. 60 p.

GRINOVER, Ada P., FERNANDES, Antonio S., GOMES FILHO, Antonio M. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 315 p.

PINTO, Antonio L. de T., WIND, Márcia C.V. dos S., DE SIQUEIRA, Luiz E. **A Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

RABONEZE, Ricardo. **Provas Obtidas por meios ilícitos.** Porto Alegre: Síntese, 1998. 69 p.