

MAYRA CAROLINE DE ARAUJO SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO
DE PROVA E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2018

MAYRA CAROLINE DE ARAUJO SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO
DE PROVA E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2018

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar a importância da interceptação telefônica como meio de prova e a relativização do direito à intimidade, sob respaldo da Constituição Federal Brasileira e a Lei das interceptações telefônicas nº 9296/96 vigente atualmente em nosso País. Será utilizado como fundamento estudos bibliográficos e posicionamentos jurisprudenciais sobre o respectivo tema, dividido em três capítulos. Inicialmente serão abordados o conceito e as fundamentações da interceptação telefônica de forma geral, analisando quais são os objetivos e as finalidades de constituição desta Lei, diferenciando-a da quebra de sigilo, escuta telefônica e gravação clandestina. O segundo capítulo refere-se aos requisitos para decretar a interceptação telefônica, demonstrando quando será decretado e quais os procedimentos utilizados. Por fim, o terceiro capítulo trata a adequação da interceptação telefônica ao direito a intimidade, demonstrando sua finalidade e qual o conflito entre os direitos fundamentais estipulados em nossa Carta Magna.

Palavras chave: Interceptação, Intimidade, Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – CONCEITO E FUNDAMENTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	03
1.1 Introdução histórica.....	03
1.2 Conceito e fundamentos.....	05
1.3 Objetivos e finalidades da lei 9296/1996.....	07
1.4 Distinção entre interceptação telefônica, quebra de sigilo, escuta telefônica e gravação clandestina.	09
CAPÍTULO II – REQUISITOS PARA DECRETAR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	15
2.1 Legitimidade para requerer.....	15
2.2 Requisitos da decisão judicial que defere o pedido.....	18
2.3 Dos prazos e do procedimento.....	20
CAPÍTULO III – ADEQUAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AO DIREITO A INTIMIDADE	26
3.1 Do direito a intimidade.....	26
3.2 Conflito entre o direito fundamental à privacidade e a interceptação telefônica.....	28
3.3 Provas obtidas com a interceptação e a sua finalidade.....	30
3.4 Adequação da lei 9296/1996 a Constituição Federal.....	34
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

A ideia desse trabalho monográfico é analisar a importância da interceptação telefônica como meio de prova, se esta vem a ferir o direito a intimidade ou a vida privada, e quais as Leis que respaldam sobre o assunto.

Sabe-se que o sigilo das comunicações telefônicas é amparado pela Constituição Federal de 1988. Porém, a Lei 9296/96 traz os casos específicos de interceptação telefônica, sendo medida excepcional e que tem como finalidade a apuração de crimes apenados com reclusão onde outras provas já se mostraram impossíveis de produzir.

Dessa maneira, a presente monografia foi dividida em três importantes capítulos, os quais serão sucintamente expostos adiante, sendo eles:

No primeiro capítulo se trata do conceito da interceptação telefônica, e quais as Leis que a fundamenta, como o histórico para introdução desta Lei no ordenamento jurídico brasileiro, e quais os objetivos de sua criação.

No segundo capítulo é tratado acerca dos requisitos necessários para decretar a interceptação telefônica, como a suma importância de sua autorização pela Autoridade competente, se valendo da ilicitude da prova se não for preenchido este requisito. Sendo exposto também quem são os legitimados para requerer o procedimento e o prazo legal.

Por fim, no terceiro e último capítulo é abordado o conceito de direito à intimidade e à privacidade, considerando o conflito existente entre a adequação da interceptação telefônica e os direitos fundamentais.

Também será demonstrado nessa pesquisa, como tem sido empregada em nosso País na prática a interceptação telefônica, analisando se realmente tem preservado os direitos e garantias constitucionais e se há requisitos que tornem possível a decretação por meio do conjunto de fatores e provas veementes que caracterizam a autorização da investigação.

Há uma grande discussão doutrinária sob o argumento de que os direitos fundamentais protegidos pelos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, como a privacidade e intimidade, são violados na interceptação, o que garante a todos a sua restrição ser justificada e necessária para ser aplicada no processo penal brasileiro.

Por este motivo, para não violar os direitos a intimidade e privacidade, a interceptação telefônica deverá ser decretada apenas se não tiver outros meios possíveis, disponíveis e suficientes de prova, devendo ser comprovado no pedido ao Juiz. A Lei 9296/96, em seus artigos 4º e 5º, em conformidade com a Constituição Federal, através destes requisitos abriu uma exceção para casos específicos, de impossibilidade de outros meios de prova.

Por fim, será analisado quais são os crimes e qual a penalidade para aqueles que violam o segredo de justiça e se utilizam da interceptação telefônica sem autorização judicial.

CAPÍTULO I – CONCEITO E FUNDAMENTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2012), o elemento da interceptação é a escuta telefônica autorizada judicialmente, não está conectada a ideia de interrupção de algo, impedindo ou detendo-o, está ligada a provas que se quer 'captar' em uma comunicação. As partes investigadas não podem ter ciência de que a comunicação está sendo registrada e somente será utilizada em casos que se mostrarem impossível a utilização de outras provas, devendo sempre observar os critérios para sua aplicação. Desta forma, neste capítulo será abordado todos os aspectos gerais sobre a prova de interceptação telefônica.

1.1 Introdução histórica

A interceptação telefônica é um tema excepcional em nosso ordenamento jurídico, pois em Constituições anteriores necessitava-se de exigências específicas para sua efetivação e por este motivo foram realizadas algumas alterações até estabelecer a Lei 9296/96(CABETTE, 2015).

Na Constituição de 1946, entendia-se como inviolabilidade das comunicações apenas o sigilo em correspondências, de acordo com o artigo 141 §6º:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência (BRASIL, 1946 p.11).

A Constituição de 1969, evoluiu acrescentando a inviolabilidade do sigilo da correspondência as comunicações telegráficas e telefônicas, porém se omitiu em relação as exceções a inviolabilidade, e por esse motivo conflitou com o artigo 57 do Código Brasileiro das Telecomunicações:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

(...)

II – O conhecimento dado:

(...)

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (BRASIL,1969, p.15).

Segundo Damásio de Jesus, na Constituição de 1969 não possuía exceções a violação da comunicação, e era possível que o Juiz autorizasse a interceptação para produção de prova pericial, pontua ainda que a atual Constituição legalizou possibilidades da utilização da interceptação, porém aparenta ser ilegal pedir autorização ao Juiz, motivando da seguinte forma:

A razão dessa aparente aporia reside no seguinte: há direitos fundamentais submetidos expressamente à reserva de lei restritiva; de outro lado, há direitos fundamentais não submetidos expressamente à reserva de lei restritiva. Na primeira hipótese, seja uma reserva de lei simples, seja qualificada, sem ela, o dispositivo constitucional não possui plena eficácia. Já na segunda hipótese, cabe considerar que os direitos fundamentais não são absolutos. Logo, somente, prima facie não estão sujeitos a limitações. É falsa, como diz Suzana de Toledo Barros, ‘a ideia de que os direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei restritiva expressa seriam insuscetíveis de qualquer restrição [...] Fala-se então de limites constitucionais não escritos ou de limites imanentes (2012, p 64).

No entendimento de Damásio, em acordo com a Constituição anterior a falta de previsão da exceção de sigilo, recepcionou o artigo 57 do Código Brasileiro das Telecomunicações, tornando-o válido, e a atual Constituição deixa expressa legalmente conduzindo que sem a Lei torna-se qualquer prova por meio das interceptações provas ilícitas. (2012).

Baseando-se nessa incompatibilidade entre a Carta Magna de 1969 e o artigo 57 da Lei de Telecomunicações, foi exigido na Constituição Federal de 1988

uma Legislação específica sobre os aspectos que violam a esfera de intimidade pessoal e quais as possibilidades para violar o sigilo das comunicações. (CABETTE, 2015).

O sigilo das comunicações está inserido na Constituição de 1988 no artigo 5º, da seguinte forma:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988 p. 2).

Após a inserção deste artigo na atual Carta Magna, houve conflito sobre o artigo 57 da Lei do Código Brasileiro das Telecomunicações, questionando se deveria ser recepcionado ou se incluída uma norma específica no ordenamento jurídico. Assim após várias divergências, no mês de maio de 1996, o Supremo Tribunal Federal decidiu no HC 73.351-4/SP não recepcionar o artigo e criar Lei específica que regulamente a interceptação. Porém, mesmo com a Lei vigendo há diversas polêmicas acerca de sua aplicação. (GRECO FILHO, 2015).

1.2 Conceito e fundamentos

Conforme Vicente Greco Filho (2015), a interceptação telefônica é a gravação ou escuta de uma comunicação entre suspeitos, realizada por um terceiro sem conhecimento e autorização dos que serão ouvidos, a fim de constituir prova judicial.

Para Ada Pellegrini Grinover (2013), a interceptação é aquela que se concretiza pelo ‘grampeamento’, ou seja, pelo ato de interferir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações.

Fernando Capez classifica a interceptação telefônica especificamente como:

[...] interceptação provém de interceptar, intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete a toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores. (2011, p. 15).

Observando o significado da palavra, pensamos que a interceptação tem a ideia de cortar e interromper a comunicação, porém em sentido amplo faz jus a intromissão e interferência em uma conversa entre duas ou várias pessoas em que, se ouve ou capta dados da conversa, podendo ser via telefone. (NUCCI, 2014).

É importante salientar a posição doutrinária de Eduardo Luiz Santos Cabette sobre a regulamentação da interceptação telefônica prescrita em Lei, vejamos:

[...] interceptações telefônicas, que consistem no ato de um terceiro captar a comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores, atividade está regulamentada nos termos do art. 5º, XII, da CF, pela Lei n. 9.296/96. Neste caso, a norma constitucional é peremptória e cristalina, de modo que não há se falar em qualquer ato válido sem obediência estrita às formalidades legais, sendo prevista inclusive figura criminosa no art. 10 da Lei n. 9.296/96. (2015, p. 61)

Aprofundando a respeito de interceptação telefônica, é notório que não é apenas captação e gravação de ligações, atualmente vai além de transmissões telefônicas, pode-se dizer que é todo fluxo de informações como por exemplo os que são transmitidos pela informática (CERVINI; GOMES, 1997).

Acerca do artigo 1º da Lei 9.296/96, Vicente Greco Filho expõe nesse sentido que:

[...] dispõe a Constituição, a quebra do sigilo telefônico enquanto exceção á garantia do sigilo das telecomunicações somente pode ser determinada para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Não se admite, portanto, em procedimento administrativo ou judicial não penal em sentido estrito, inclusive os da Lei n. 12.846 de 1º de Agosto de 2013, da Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei de Ação Civil Pública. (2015, p. 29).

Conforme exposto, após algumas alterações nas Constituições passadas, a atual adotou a aplicação de uma Lei específica para o uso da interceptação

telefônica. Portanto, no dia 24 de julho de 1996, foi regulamentada por intermédio do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 a Lei nº 9296, Lei das Interceptações Telefônicas, que em seu primeiro artigo expõe o conceito:

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.
(BRASIL, 1996, p.1).

Visto isso, a Lei 9296/96, prevê as possibilidades e exceções para aplicar a interceptação, e se aplicada em desacordo com o que a Lei determina, o agente que descumpri-la estará ferindo o artigo 10, cometendo crime: 'Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei '(BRASIL, 1996, p.2).

Quando a Lei emprega um crime nesse referido artigo, se trata de tutelar a liberdade de comunicação, viabilizando o direito a intimidade. Independentemente se é crime de prova ou conteúdo ilícito, a principal função deste artigo é priorizar o direito à privacidade, como forma de expressão, sem que retire os princípios fundamentais (CERVINI; GOMES, 1997).

1.3 Objetivos e finalidades da lei 9296/1996

Com base no artigo 1º da referida Lei Eduardo Luiz Santos Cabette, demonstra o seguinte objetivo:

O art. 1º, caput, da Lei n. 9.296/96 reproduz expressões da Constituição Federal (art. 5º, XII, in fine), sendo objetivo das interceptações a obtenção de prova, especificamente voltada para duas situações taxativamente estabelecidas: 'para fins de investigação criminal ou instrução processual penal' (2015, p.98).

O objetivo da Lei é estabelecer os limites da interceptação como meio de prova, demonstrando qual são os prazos, a competência para realizar, quem deverá

autorizar e qual será a punição pelo crime de quem comete o seu descumprimento, possuindo a finalidade de resguardar os direitos a violação de privacidade e intimidade, buscando manter e obedecer aos princípios da Constituição Federal em meios de investigação criminal, para amenizar os riscos de invasão aos direitos fundamentais. (HABIB, 2016).

O artigo 5º em seu inciso XII é claro, quando se trata do objetivo e finalidade da interceptação, sendo utilizada em procedimento investigatório ou instrução processual penal, ou seja, a finalidade da interceptação é produzir provas criminais, desde que em último caso, após tentativa de produção de provas que buscam resguardar os pressupostos de medidas com caráter cautelar. (GOMES FILHO, 1996).

Afirma a professora Flávia Teixeira Ortega (2016), que além de produzir provas criminais, a interceptação possui outra finalidade arguida pelo Superior Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Informativo em Questão nº 2424 STF e do Mandado de Segurança nº 17.534 STJ, as provas advindas de interceptações telefônicas podem ser utilizadas como prova emprestada em processos que não são de cunho processual penal, isso significa que as provas serão produzidas somente em processos criminais e poderão ser emprestadas, como por exemplo em processos administrativos.

Gilmar Ferreira Mendes faz um comparativo ao objetivo da prisão preventiva com a interceptação, demonstrando que ambos têm finalidade de medidas cautelares:

No caso da prisão cautelar, tem o Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal. Do mesmo modo, aceitam-se como legítimas as medidas cautelares concernentes ao processo, com a adoção de determinadas medidas de caráter investigatório, tais como a interceptação telefônica (2015, p.539).

Dessa forma, reiterando o que foi dito, deve ser lembrado que a quebra de sigilo na interceptação somente poderá ser violada quando se tratar de três

aspectos: quando a Lei estabelecer; desde que haja decisão judicial; tenha finalidade de investigação criminal ou processual. A partir desses aspectos o Juiz ou o Ministério Público poderá autorizar a interceptação quando mostrar indícios razoáveis de autoria ou participação, não exista outro meio de prova e o fato seja grave, ou seja, a punição for pena de reclusão. Pois a sua finalidade é investigar de forma que priorize os direitos fundamentais, visto serem violados em último caso (CHIMENTI, CAPEZ, ROSA, SANTOS, 2007).

1.4 Distinção entre interceptação telefônica, quebra de sigilo, escuta telefônica e gravação clandestina

Eduardo Luiz Santos Cabette exterioriza a respeito de modalidades não previstas em Lei de sinônimos da interceptação:

No entanto, a Lei n. 9.296/96 somente tratou das chamadas 'interceptações telefônicas', deixando, infelizmente, a descoberto, toda uma gama de situações que implicam gravações de comunicações e conversas, as quais são correntes e podem servir amplamente no interesse da apuração de fatos muitas vezes de suma gravidade (2015, p. 53).

Observando o pensamento de Vicente Greco Filho (2015), por diversas vezes ouvimos falar sobre a interceptação telefônica, quebra de sigilo, escutas telefônicas e gravações clandestinas, e não percebemos que cada uma dessas palavras possui significados diferentes, são apontados por vários doutrinadores, se diferenciando em provas lícitas ou ilícitas.

Diante de alguns entendimentos Renato Brasileiro de Lima afirma a relação de divergência entre interceptação, escuta e gravação telefônica:

Não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, nem tampouco com gravação telefônica. A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro (2015, p.138).

A interceptação é a gravação de uma conversa por terceiro sem o conhecimento dos que estão sendo ouvidos ou apenas de um deles, quando um dos

interlocutores está gravando ou captando a conversa, trata-se da gravação clandestina. A constituição não admitiu a gravação clandestina pois violaria o direito a intimidade de quem se comunica, assim demonstra ser inadmissível no âmbito penal, correspondendo a prova ilícita. Por outro lado, na RT, 620/151 aceita a gravação clandestina no âmbito do processo civil desde que seja para provar pedido de retomada de imóvel, pois considera que esta comunicação não viola privacidade de qualquer pessoa (CHIMENTI, CAPEZ, ROSA, SANTOS, 2007).

A autora Nathalia Masson, fala em detalhes sobre gravação clandestina e quebra de sigilo afirmando que:

[...] a gravação clandestina é aquela realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento/consentimento do outro, podendo ser ambiental (gravação ambiental) ou atingir a comunicação telefônica (gravação telefônica). Diz a doutrina: 'é a captação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, que ocorre no exato momento da realização do diálogo'. O fato de a gravação ser clandestina não significa que será ilícita.

Ainda é relevante lembrar que a quebra do sigilo telefônico nada tem a ver com a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, isto é, com a interceptação telefônica. Enquanto a primeira medida (quebra do sigilo telefônico) descortina dados objetivos referentes aos registros exteriores das comunicações telefônicas pretéritas, a última - vedada à CPI - conforme fixado pela Corte no MS 23.452-RJ, Rei. Min. Celso de Mello, noticiado no Informativo 377, STF. 638 por compor o rol de atos que dependem de determinação judicial para serem decretados, incide diretamente na comunicação, já que seu conteúdo (a conversa, no momento em que ocorre) é que é o alvo da intromissão (2015, p. 638.).

No posicionamento de Luiz Flávio Gomes (2012), a captação de comunicação telefônica sem o conhecimento do outro, está fora do que prevê a Lei 9.296/96, inexistindo Lei em nosso País que a regule. De forma a esclarecer que gravação de comunicação telefônica própria como a de comunicação entre as pessoas presentes são consideradas gravações clandestinas. Levando ao entendimento de provas ilícitas que além do mais violam o artigo 5º, X da Constituição Federal.

Conforme a autora deixou esclarecida a respeito do sigilo, vejamos que a Jurisprudência alega sobre o assunto em um HC:

O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para

fins de investigação criminal ou instrução processual penal – CF, art. 5º, XII. Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, e, da Lei n. 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição no inciso XII do art. 5º subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecidas em lei. No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na degravação das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de habeas corpus, descer ao exame da prova' (STF, HC 69.912-0, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Após essa breve explicação, como exposto sobre a interceptação telefônica, será detalhada com a concepção de alguns autores o conceito de quebra de sigilo escutotelefônica e gravação clandestina.

A concepção do sigilo telefônico se diferencia da interceptação pelo fato de que a quebra de sigilo são dados e informações das ligações e não o seu teor completo, a sua escuta. Está baseado em datas, horários, registros e histórico das comunicações. (MASSON, 2015).

Renato Brasileiro de Lima salienta sobre a autorização judicial para ser realizada a quebra de sigilo, que neste ponto se identifica a interceptação:

Evidentemente, para que seja decretada a quebra do sigilo de dados, sejam eles fiscais, bancários, telefônicos, etc., há necessidade de decisão judicial devidamente fundamentada, sob pena do reconhecimento da ilicitude dos elementos probatórios assim obtidos. De fato, se a regra é a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, a resguardar também direito constitucional à intimidade (art. 5º, X), somente se justifica a sua mitigação quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal (2015, p. 136).

Há distinção entre a captação da comunicação e a de registros, sendo este conhecido como quebra de sigilo, em que se captura informações, datas, registro de ligações, entre outros, que muitas vezes são tão eficientes na investigação de forma que não necessite de realizar as escutas da comunicação, visto que o sigilo é realizado no momento após a comunicação e interceptação é feita no momento de desenrolar da comunicação. (CABETTE, 2015).

Vicente Greco Filho, afirma que é lícito a quebra de sigilo, como também pode ser utilizada em meio de provas, vejamos:

aplica-se a disciplina da norma legal comentada [...] mesmo não se tratando de 'interceptação' propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nos concessionários de serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados por telefones celulares etc... (2015, p. 94).

Porém, Ada Pellegrini Grinover (1992) aponta este mesmo assunto uma oposição, acreditando que não há previsão da quebra de sigilo na Lei, tratando-se de um assunto ilegal, violando o sigilo profissional.

A escuta telefônica, acontece quando um terceiro capta a comunicação de outras pessoas, sendo que apenas um dos indivíduos em que está sendo captada a comunicação tem conhecimento da gravação, se divergindo da interceptação, pois não há previsão legal que a regule e também apenas o terceiro que está gravando tem conhecimento da interceptação. Outros doutrinadores denominam a escuta como gravação clandestina ou ambiental, pelo motivo do ambiente em que está sendo feita a gravação, ela se parece com a escuta, porém se difere pelo motivo de que a gravação é feita por um dos interlocutores na comunicação e não por um terceiro. Como não há nenhum regulamento sobre as provas de escuta telefônica ou gravação clandestina, deve ser observado a validade dessas provas, pois se obtidas por meios ilícitos violando a intimidade e os direitos fundamentais torna-se uma prova ilícita, e esta escuta se insere em casos atuais que tem se polemizado bastante como fotos e vídeos via celulares. (GRECO FILHO, 2015).

Alexandre de Moraes diferencia a gravação clandestina de interceptação:

Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que, conforme já analisado, afrontam o inciso XI do art. 5º da Carta Magna. (2016, p.137).

Para Ada Pellegrini Grinover (1992), a Lei é omissa em relação a gravação telefônica do próprio indivíduo sem o consentimento do outro, caracterizando-se gravação clandestina, não sendo previsto assim na tutela de sigilo

das comunicações, pontuando ainda que a Lei não se preocupou com a conversa por terceiro ou por indivíduo interlocutor no ambiente em que está sendo feita a comunicação.

O artigo 157 do Código de Processo Penal entra em concordância com as provas ilícitas produzidas, como as gravações clandestinas, ambientais, escutas:

A atual redação do art. 157 do Código de Processo Penal afirma ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, determinando o seu desentranhamento do processo. O §1º do artigo também proclama inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, "salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras". O parágrafo seguinte do art. 157 conceitua fonte independente como aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. A legislação, assim, consolida a jurisprudência do STF. (MENDES 2015, pg. 294).

Fernando Capez (2009), explica que a prova será ilícita por falta de fundamento do Magistrado, sendo chamadas assim por afrontarem os direitos constitucionais, civis, penais, administrativos, por interceptar aqueles que defendem as partes ou até mesmo incorrido nos crimes do artigo 10 da Lei 9.296/96.

Eugenio Pacelli de Oliveira, cita a relação das provas estudadas como ilícitas e explica melhor a respeito delas:

Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) de direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores. [...]será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada. E mais. Nos termos do art.157, caput, CPP, as provas obtidas ilicitamente deverão ser desentranhadas dos autos, esclarecendo o § 3º do aludido dispositivo legal que a decisão de desentranhamento estará sujeita à preclusão. No entanto, nada se diz acerca do momento processual em que tal ocorrerá (2011, p. 345).

De acordo com as distinções a respeito da interceptação telefônica, as gravações clandestinas, ambientais, não regulamentadas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XII, se tornam ilícitas por confrontar a intimidade, para se tornar

lícita deve haver a justa causa ou necessidades de defesa de direito, baseando-se nos artigos 153 do Código Penal e 233 do Código de Processo Penal, comparado ao exemplo de um dos interlocutores da conversa deixar o celular em viva voz para um terceiro escutar. (GRECO FILHO, 2015).

CAPÍTULO II – REQUISITOS PARA DECRETAR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Vicente Greco Filho (2015), aponta os requisitos da interceptação telefônica como procedimento, ou seja, demonstra a maneira como irá fluir o processo e o que é necessário para instaurar a interceptação. O primeiro requisito é a determinação de um Juiz, pois somente ele é competente para determinar o seu início, se tratando de natureza cautelar como produção de prova. Os outros requisitos são pressupostos comuns em todas as cautelares como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, significa a fumaça do bom direito e o perigo da demora, consiste em comprovar a existência de um crime sendonecessário demonstrar indícios convincentes e suficientes de prova.

2.1 Legitimidade para requerer

O requisito de legitimidade vem expresso na específica Lei, demonstrado mediante o requerimento devidamente fundamentado e apontados os requisitos legais, vejamos:

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 (BRASIL,1996, p.2).

Conforme apresentado acima, fica claro a legitimidade do Juiz e somente deste, para ordenar a instauração de interceptação, porém deve ser observada a competência para que haja a ordem judicial. O Legislador na Constituição Federal impôs isto como uma legalidade ao instituir a Lei 9.296/96, assegurando a previsão

no artigo 1º desta: ‘ [...] observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça’. Visto isso, a Lei específica deixou claro que mesmo requerendo a interceptação, é necessário antecipadamente o Juiz competente autorizar o ato (LIMA, 2015, p.65).

A Constituição de 1988 prevê também em seu artigo 93, IX, a autorização da interceptação desde que seja subordinada à prévia aprovação do Juiz competente e deve ser fundamentada sob pena de nulidade, nos moldes da Constituição Federal:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988, p.43).

João Roberto Parizatto (1996) elucida melhor sobre a competência do Juiz que aprova a interceptação, este deve ser Juiz de comarca criminal pouco importando se é Juiz federal ou estadual, eleitoral ou militar, pode ser de caráter comum ou especial, desde que possua os requisitos de natureza criminal, ainda acrescenta:

Somente o juiz da área criminal terá competência para deferir o pedido de interceptação, sendo defeso ao juiz do cível tomar tal providência, eis que a prova a ser produzida com base em tal interceptação servirá à investigação criminal ou à instrução processual penal (p.16).

Afirma Renato Brasileiro de Lima (2015), que a competência para deferir este pedido é da Justiça Federal, somente em casos que for decretado o Estado de Defesa, ou seja, quando houver necessidade de preservar a população em locais restritos a ordem pública ou a paz social nos casos de calamidade Art. 136, § 1º, I da Constituição Federal de 1988, e em decretação do Estado de Sítio quando o Chefe de Estado suspende direitos e garantias submetendo os Poderes Legislativo e Judiciário ao executivo visando defesa de ordem pública Artigo 139, III da Constituição Federal.

Rogério Greco (2015) afirma, exceto nesses casos especiais, a interceptação deve ser decretada pelo Juiz da ação principal. Isso significa uma reserva de jurisdição, pois não deve ser confundido o que está expresso no artigo 3º da Lei 9.296/96 em que a autoridade policial ou o Ministério Público não poderá autorizar a interceptação, é um sistema de controle judicial prévio, deixando bem claro a submissão a ordem do Juiz específico.

Eron Veríssimo Gimenes e Lucas Pimentel de Oliveira (1998) expõem claramente o Juiz Competente, complementando como será determinado o Juiz da causa e para melhor compreensão utiliza como exemplo o pedido:

O pedido deve ser endereçado ao Juiz competente da ação penal principal (art. 1º, caput), entendido como tal o atuante no local da consumação da infração penal, nos termos do art. 70, caput, do Código de Processo Penal. Vale lembrar que se no local da consumação houver mais de um Juiz igualmente competente, qualquer deles poderá apreciar o pedido, tornando-se preventivo (art. 83 do CPP). (p.6).

O Habeas Corpus 161.053 de São Paulo julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça demonstra a invalidade da interceptação telefônica realizada sem prévia autorização de Juiz competente:

[...] não é válida a interceptação telefônica realizada sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada como prova em processo penal. Logo, o fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois, no momento da gravação, não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo responsável pela interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, há de se reconhecer a ilicitude da prova (STJ, 5ª Turma, HC 161.053/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/04/2010, DJe 05/05/2010).

Nem mesmo o próprio usuário da linha telefônica pode valer-se de grampear ou interceptar outros que utilizem sua linha sem prévia autorização judicial, pois o sigilo está entre os comunicadores não sendo disposto ao dono da linha interferir, infringindo o artigo 10 da Lei 9.296/96 (CABETTE, 2015).

Em relação à exigência específica do Legislador em escolher a competência e a autoridade do Juiz para determinar a investigação, trata-se de algo sigiloso, o fato da interceptação telefônica ser uma medida de cautela deve ser resguardado a intimidade e privacidade das pessoas, visando que não haja uma amplitude de pessoas envolvidas e sim uma precaução em expor a intimidade do outro, por isso apenas há necessidade de um Juízo para a investigação. (GOMES, 2011).

2.2 Requisitos da decisão judicial que defere o pedido

Para falar em requisito é necessário entender que é uma premissa para obter ou alcançar algo determinado. No artigo 2º da referida Lei há demonstrado motivos pelos quais não será admitida a interceptação, logo pressupõe que o contrário do que se rejeita será aceito, vejamos:

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

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

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

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

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (BRASIL, 1996, p. 1).

Flávia Ortega (2015), minuciosamente distingue o conteúdo deste artigo. No inciso I basta haver os indícios de autoria e participação, dispensando a materialidade, pois somente será obtida no momento da investigação; o inciso II se trata de provas obtidas por meios legais, quando todos os meios legais se esgotarem não é possível utilizar de provas ilícitas. Há entendimento do STJ que são ilícitas as interceptações realizadas com base em denúncia anônima, pois podem ser requeridas outras provas, assim significa que não se esgotaram os meios; o inciso III é de suma importância porque tem grande influência na decisão judicial, visto que caberá a interceptação somente se for questão de crimes punidos com reclusão, e pode inclusive ser acatada em prova de contravenção penal desde que seja conexo ao crime de pena com reclusão.

Há posicionamentos majoritários a respeito deste artigo, Rogério Greco (2015), entende que o Legislador ao criar esse artigo, demonstrou de forma negativa o que poderia ser admitido positivamente, como o que pode ser permitido para haver hipótese de se instaurar a interceptação, assim o Legislador dificultou a interpretação da Lei, utilizando-se de exceções ao contrário de permissões.

Partindo deste entendimento majoritário, pode-se perceber no artigo 4º, § 1º, da Lei das Interceptações de 1996, há referência de alguns requisitos mínimos para interceptar, porém essenciais para deferimento do pedido judicial, lembrando que somente será deferido pelo Juiz:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá 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 (BRASIL, 1996, p.1).

O parágrafo 1º da Lei destacada acima, abre uma exceção quanto ao pedido, podendo ser este verbal, desde que o periculum in mora esteja em seu grau máximo, ou seja, são veementes os pressupostos da interceptação, deve conter extrema urgência por parte do órgão que requer a investigação, como por exemplo o Ministério Público deve ser claro quanto a necessidade da interceptação.

Assim, deve o Juiz até no prazo máximo de 24 horas decidir sobre o pedido por escrito, entende-se que no pedido verbal deverá ser a decisão imediata visto a relevante necessidade, e urgência, demonstrando que se requer celeridade neste tipo de decisão (CABETTE, 2015).

Segundo Luiz Flávio Gomes, (2011) os requisitos mínimos mencionados neste artigo são exemplificativos, ou seja, não é o um rol de limitações, de sequencias estritas, são condições que podem ser complementadas por mais requisitos estabelecidos em Lei, partindo de vários pressupostos, como por exemplo demonstração da necessidade da medida e indicação dos meios a serem

empregados em sua execução, por consequência no artigo 4º o Legislador vem preencher as exigências da Lei e complementar o artigo 5º, que se enquadra em fundamentar a decisão do Juiz a respeito do pedido. Além desses requisitos mínimos há outros essenciais:

a) quais são os indícios de autoria ou participação; b) quais provas existem sobre a existência do delito (materialidade); c) que se trata de infração punida com reclusão; d) descrição clara da situação objeto de investigação (base fática do pedido); e) indicação e, se possível, qualificação do sujeito passivo ou sujeitos passivos da medida; f) qual linha telefônica será interceptada; g) qual seria a duração ideal da captação (p.211).

A demonstração da necessidade da medida, é apenas o *periculum in mora*, isso quer dizer que não há outro meio senão infringir a intimidade para constituir a prova, sendo a única forma possível de conseguir razoavelmente proteger outros direitos fundamentais. Já a indicação dos meios a serem aplicados em sua execução é o método de como o Juiz permitirá a interceptação, quais serão os aparelhos e tecnologias autorizadas ou a ordem que será permitida a investigação, de forma a assegurar a menor invasão possível da privacidade alheia (STRECK,1997).

Vicente Greco Filho (2015),recorda que a autorização para quebra de sigilo no artigo 7º do Código Brasileiro de Telecomunicações, era da companhia concessionária do serviço público, e o requerimento poderia ser realizado pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa. Atualmente se dessa forma utilizada, sem os requisitos, infringindo a intimidade e sem a autorização judicial, comete-se o crime do art. 10.

2.3Dos prazos e do procedimento

O prazo para a interceptação telefônica não poderá ultrapassar a 15 (quinze dias) segundo disposto no artigo 5º da Lei 9296/96, "... não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova", este período não será contado a partir da decisão judicial, e sim a partir da efetivação da medida. O fato do prazo não exceder a 15 dias, significa que o Juiz pode fixar se necessário um prazo inferior a este desde que acredite ser suficiente para a investigação (LIMA, 2015).

Vicente Greco Filho (2015), questiona a respeito de quantas vezes pode ser prorrogado o prazo para a interceptação, não há limitação na Lei, a leitura do artigo 5º dá a ideia de que pode ser prorrogado somente uma vez, porém não é específico, então entende-se que pode prorrogar tantas vezes, mesmo que por 30 dias, desde que sejam justificadas cada autorização.

Conforme disposto acima, há diversas discussões sobre a prorrogação da interceptação, veja o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 143.697 do Paraná:

Como deixa entrever o próprio art. 5º da Lei nº 9.296/96, a renovação do prazo da interceptação não pode se dar de maneira automática, sendo imprescindível a existência de decisão fundamentada comprovando a indispensabilidade do meio de prova. Para fundamentar o pedido de renovação da interceptação, exige-se relatório circunstanciado da polícia com a explicitação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Portanto, se a prorrogação da medida de interceptação telefônica não for devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível o reconhecimento da ilicitude da prova, com o consequente desentranhamento dos autos do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais (STJ, 5ª Turma, HC 143.697/PR, Rei. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009).

Conforme entendimento Jurisprudencial, desde haja uma justificativa fundamentada, o requerente poderá prorrogar por igual período, este pedido deverá ser solicitado em período anterior ao prazo do pedido originário, de forma que o controle seja previamente autorizado pelo Juiz, o não atendimento deste prazo faz com que seja ferido o artigo 5º, XII de nossa Carta Magna. (NUCCI, 2014).

Segundo Renato Brasileiro de Lima, na celeridade de pedido da prorrogação, não é necessário mostrar ao Juízo todas as provas materiais por completo, apenas uma justificativa prévia e válida para dar prosseguimento a interceptação. Essa celeridade, tem por princípio diminuir a invasão a intimidade e resguardar os direitos fundamentais:

Não se exige que o deferimento das prorrogações (ou renovações) seja sempre precedido da completa transcrição das conversas, sob pena de se frustrar a rapidez na obtenção da prova. Não é necessária, pois, a transcrição das conversas a cada pedido de

renovação da escuta telefônica, pois o que importa, para a renovação, é que o Juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações, mediante demonstração de sua necessidade (2015, p. 164).

No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2015), a prorrogação da interceptação é válida, porém não pode ser prorrogada por tempo indeterminado, visto estar prolongando um direito fundamental previsto em Lei, e nenhum direito fundamental pode ser restringindo, imagina-se se por tempo ilimitado, torna-se obrigatório ter uma data final prevista para a interceptação. Desta forma deve ser considerado os prazos previstos em Lei e elencados pelos tribunais, sendo três prazos, o de 30 (trinta) dias expresso na Lei das interceptações telefônicas, 60 (sessenta) dias desde que esteja em estado de defesa, previsto na Constituição Federal, e razoavelmente além 60 (sessenta) dias desde que haja fundamentação comprovando que não haveria outra forma a não ser interceptar, previsto pelo Superior Tribunal de Justiça.

Além destes três prazos elencados acima, acerca da prorrogação da interceptação telefônica, há o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 152.092/RJ da 5ª Turma, relatado pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que há possibilidade de prorrogar por apenas uma vez, sem prazo determinado, entenda:

o prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova (posição majoritária): no art. 5º da Lei nº 9.296/96, a expressão uma vez deve ser compreendida como preposição, e não como adjunto adverbial. Pensamos ser essa a posição mais acertada. Com a crescente criminalidade em nosso país, é ingênuo acreditar que uma interceptação pelo prazo de 30 (trinta) dias possa levar ao esclarecimento de determinado fato delituoso. A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas. (LIMA, 2015, p. 165).

Há a interceptação por prospecção, não admitida em nosso País, a Legislação impõe que sejam 15 (quinze) dias mais 15 (quinze), existe a percepção e entendimento que apenas será prorrogada, caso haja provas reais de probabilidade do crime. A interceptação por prospecção seria o pedido de prorrogação sem justificativa, percebe-se que o agente solicita interceptar por mais tempo para que

possivelmente encontre ou flagre o interceptado cometendo algum crime, por esse motivo é proibida e não recepcionada em nossa Constituição, porque deve haver a comprovação de autoria ou materialidade (GOMES, 2015).

Conforme exposto a respeito dos prazos da interceptação telefônica, deve ser observado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, acompanhados ao direito da intimidade, que não poder ser restringido, então a jurisprudência considerou que desde que hajam fatos novos não previstos, justificam a necessidade de continuidade a interceptação, utilizando tais princípios como pilares de bom senso, para não ferir a Constituição (CABETTE 2015).

Após entender os prazos, é necessário compreender a atuação de cada parte durante o procedimento da investigação, veja o que o Legislador trouxe nos artigos da Lei das interceptações telefônicas:

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.

(BRASIL, 1996, p.2).

Conforme assegura a Lei, o Juiz determinará que a autoridade policial dê seguimento à investigação, é notório que, a responsabilidade é da autoridade policial, o Ministério Público ficará ciente, lhe sendo facultado acompanhar a investigação, e o Juiz tem o dever apenas de julgar. A responsabilidade da autoridade policial traz o entendimento de que será a primeira parte a ter contato com os fatos e incidentes, possuindo poderes como prisão em flagrante dentre outras diligências necessárias para andamento da investigação (CABETTE, 2015).

De acordo com Leonardo Castro (2015), há probabilidade de o Ministério Público realizar as investigações, sem autoridade policial:

Imagine o seguinte exemplo: em determinada cidade, há a suspeita de existência de uma organização criminosa composta por policiais.

O MP, ao saber disso, passa a realizar investigações, sendo necessária a interceptação telefônica contra os envolvidos. Nesta hipótese, não haveria como a realização da interceptação pela polícia, sob pena de frustração da investigação. Por isso, é possível que o procedimento seja realizado pelo próprio MP, desde que, é claro, mediante autorização judicial (p.4).

Ada Pelegrini Grinover (2013), expressa que no artigo 6º § 1º, há possibilidade da não utilização da interceptação telefônica, então se não interceptar será utilizado as testemunhas como cunho de provas, porém é preferível que haja as gravações, pois em nosso direito penal a captação da palavra dita não deixa lastros de dúvida, favorecendo a veracidade das provas que serão demonstradas ao Juiz.

Caso haja a gravação da conversa, deverá ser feita a transcrição, esta é a reprodução das provas para o papel, o que for falado deverá ser transcrito ao Juiz, além disso deverão os peritos esclarecer ruídos ou algo não entendido durante a gravação. Caso não seja interceptação, de qualquer forma deverá a investigação ser documentada no papel em um auto circunstanciado (6º § 2º), resumindo todas os meios de provas e captações utilizadas na investigação (GOMES, CERVINI, 1997).

A autoridade durante a investigação poderá solicitar suporte de serviços técnicos e especializados ” 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.”, é importante salientar que a prática pode ser anulada, caso a concessionária cedesse acesso absoluto à investigação, o que quebra o sigilo de outras pessoas (GRECO FILHO, 2015).

Renato Brasileiro de Lima (2015), quanto a gravação telefônica será em autos apartados, durante o período da investigação se esta ocorrer antes da ação penal; caso seja antes da investigação será apensado ao inquérito policial após o relatório da autoridade denunciante; se durante a investigação de forma incidental, será apensada antes da pronúncia ou da sentença. Cabe às autoridades manter o sigilo do conteúdo das conversas, e o defensor ao ter conhecimento da gravação poderá utilizar o direito de contraditório e ampla defesa:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do

inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 1, § 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 (p.168).

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette (2015), por fim, o artigo 9º da referida Lei, prevê que após as gravações serem enviadas ao Juízo, será feita análise das provas para dirimir se serão inutilizadas totalmente ou parcialmente, sendo uma decisão exclusiva do Juiz, entenda:

Como diz claramente a lei, a inutilização somente poderá dar-se por decisão judicial. Portanto é vedado ao Ministério Público ou à autoridade policial a destruição do material, mesmo que seja considerado não interessante à prova. Aliás, à autoridade policial não cabe sequer requerer a destruição, pois o que lhe compete é apenas angariar elementos para a formação da opinião delicti e não analisar a relevância ou não de provas ou indícios para futura ação penal, prerrogativa esta exclusiva das partes na relação processual (p,329).

Já no entendimento de Vicente Greco Filho (2015,p.63), assim como outras doutrinas majoritárias, as provas poderão ser destruídas por quem interessar, pois em omissão do Juiz aquele terceiro interessado destruiria a prova por não mais interessar. “A possibilidade de inutilização ex officio pelo juiz antes de concluída a instrução e sua vedação após essa fase, quando somente poderá agir por provocação”.

Da decisão judicial a qual autoriza ou não a utilização das provas interceptadas, caberá às partes o recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça, e caso o Juiz não julgue de ofício a inutilização das provas, pode um terceiro interessado solicitar a destruição das provas, se o Juiz indeferir caberá ao terceiro impetrar mandado de segurança contra este ato (GRINOVER, 2013).

Conforme demonstrado, o minucioso procedimento da interceptação deverá ser mantido, pois caso haja a violação do segredo de justiça e a intimidade, estará prejudicando o réu e terceiros interessados, desta forma deve ser observado o princípio da instrumentalidade das formas visando proteger o bem jurídico (GRECO FILHO, 2015).

CAPÍTULO III – ADEQUAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AO DIREITO A INTIMIDADE

Segundo Gilmar Mendes (2015), a interceptação telefônica e o direito a intimidade, dispõem controvérsias quando associados, pois se averigua a ilicitude das provas. Neste capítulo, será estudada a possibilidade da interceptação como meio de prova, sem infringir os direitos fundamentais da pessoa, como a intimidade e privacidade previstas em Lei, pois estes princípios por diversas vezes têm sido infringidos no âmbito privado e público, sem prévia autorização judicial.

3.4 Do direito à intimidade

Segundo Robert Alexy (2006), os direitos fundamentais são regidos por princípios e normas em um conjunto de complexidades, é algo de proporção em grande medida, e esses direitos estão em acordo com as possibilidades dentro do âmbito jurídico, com mais clareza, o autor conceitua os direitos fundamentais da seguinte forma: 'Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso' (p.50).

O direito à intimidade e a imagem está consagrado na Constituição Federal de 1988, incluído ao título dos direitos fundamentais, visa proteger a zona do íntimo pessoal, que é intransponível e indisponível às intervenções alheias, e este amparo pode ser em menor ou maior intensidade (MORAES, 2016).

Alexandre de Moraes (2016), classifica os direitos fundamentais de acordo com o Título II da Constituição Federal em: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, estes cinco

gêneros de garantias é resguardado a todas as pessoas. Conforme demonstrado, a redação do artigo 5º, inciso X, visa a proteção do direito individual à intimidade:

Art. 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (p. 2).

O direito à intimidade está relacionado ao mais íntimo de um indivíduo, é aquilo que deve ser mantido oculto por escolha própria, inclusive daqueles ao qual se tem muita intimidade. Caracteriza a magnitude do segredo a terceiros, tanto morais, sexuais, autoestima, de escolhas, de fatos. Um exemplo de violação à intimidade se vale do segredo contido em um diário, ou agenda, violado por alguém, este terceiro infringiu uma esfera que não lhe pertencia, violando assim o direito a vida íntima (MASSON, 2015).

Referida autora destaca que o direito à vida privada se parece com o conceito de direito à intimidade, porém ambas se distinguem, observe o entendimento:

Não é simples distinguir a vida privada da intimidade, razão pela qual alguns autores entendem que ambas designam a mesma coisa: "vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável nos termos da Constituição"

O poder constituinte originário, contudo, deu destaque individualizado a cada uma, o que nos permite concluir que há diferença entre as expressões. Assim, a vida privada é mais abrangente e contém a intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas, do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais. Nota-se que a tutela à vida privada não busca proteger segredos ou particularidades confidenciais de ninguém, tarefa que fica a cargo da tutela da intimidade (MASSON, 2015, p.219).

Em concordância com este entendimento, Gilmar Mendes (2015), afirma que deve ser levado em consideração o avanço tecnológico, pois, antes a esfera íntima de cada um era preservada, atualmente com a ascensão no meio técnico e científico, uma pessoa pode ver e ter acesso à intimidade de outro, sem estar

presente, apenas do outro lado da tela de um computador, ou um celular. Hoje as pessoas disponibilizam a própria intimidade, gerando outro conceito ao direito fundamental da intimidade e vida privada, trazendo a ideia de que 'a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, somente são possíveis quando se incorporamos circunstâncias da realidade que a norma é chamada a regular' (p. 84).

Por tudo isso, nota-se que o conceito de intimidade e de vida privada está em constante mutação, sabidamente, com uma extensa relativização, pois, o que era quase inacessível em razão da ausência de aparatos tecnológicos e legais hoje está ao alcance de qualquer autoridade, daí a necessidade de proteção legal a este instituto (MENDES, 2015).

3.5 Conflito entre o direito fundamental à privacidade e a interceptação telefônica

Vicente Greco Filho (2015), demonstra o seguinte questionamento, se o direito a intimidade é um dos direitos fundamentais garantido a cada indivíduo, seja ele brasileiro ou não, qual seria o motivo da investigação da interceptação ter o poder violar algo que é inviolável?

A interceptação telefônica, conforme exposto anteriormente, de forma simples é a captação da conversa durante ligações telefônicas entre pessoas para investigação criminal, pela congruência dos fatos, logo entende-se que a interceptação viola a Carta Magna, e além de tudo, viola também uma cláusula pétrea constitucional, conforme artigo 60 § 4º:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988, p. 25)

Por diversas vezes os direitos fundamentais colidem com outros, assim como podem se colidir com direitos constitucionais, mas é necessário entender se o

direito fundamental conflitar com à segurança do Estado, fica claro que este cederá aos direitos fundamentais e caso não venha conflitar com seus interesses, então o Estado irá se antepor sobre os direitos do indivíduo. Pois o principal papel do Estado é proteger os direitos à dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2016).

De acordo com Lênio Streck (1997), apenas pode-se caracterizar a interceptação telefônica de forma que se aceite violar o direito fundamental quando violar direitos constitucionais: '[...] somente se justifica a invasão da esfera dos direitos fundamentais do indivíduo para o combate dos crimes que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito' (p. 57).

Segundo Marcio Thomaz Bastos (2006), de forma análoga, deve ser observado em qual aspecto um direito predomina sobre o outro, pois por exemplo, é possível que o código civil se choque com o código de defesa ao consumidor, sendo necessário avaliar a situação em que se encontra:

No âmbito do Direito Penal, disciplina pela qual me interesse particularmente, justamente por se tratar do ramo do direito que protege os interesses e bens jurídicos mais relevantes (vida, liberdade, honra, etc.) este conflito entre direitos fundamentais é constante. A própria decisão do juiz ao condenar alguém implica, muitas vezes, em se retirar do condenado o direito à liberdade. O processo penal opõe constantemente o interesse da sociedade ao interesse individual do réu e o papel do estudioso do direito deve ser justamente o de, nestes casos, encontrar a solução que possa preservar ao máximo os direitos fundamentais. É justamente assim que se consegue, por meio do direito, produzir justiça (p. 4).

Diante disto, não existe um direito que seja inviolável por absoluto, sempre há um quesito a ser observado, de forma que se houverem dois princípios, compara-se os dois e usar-se-á o que for mais favorável para a questão em conflito (MENDES, 1999).

Há também o aspecto do sigilo durante as comunicações, por se tratar de uma investigação criminal, não serão todos os atos investigados expostos ao público, compete apenas aos interessados no processo, indo em confronto ao princípio da publicidade, mas, a própria Constituição estabeleceu os casos nem que

será necessário de sigilo, para não prejudicar a privacidade e intimidade do indivíduo envolvido na investigação (LIMA, 2015).

3.6 Provas obtidas com a interceptação e a sua finalidade

A prova é o caminho para se conhecer a verdade real, pode ser produzido pelas partes, é a junção dos fatos, o meio pelo qual se chegou para consumir algo, a obtenção do convencimento do Juiz de que houve a existência de um fato que gerou um crime (TOURINHO FILHO, 1997).

Conforme exposto anteriormente, visando também proteger os direitos fundamentais, há alguns limites de prova:

É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência de liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. [...] De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como suas limitações (GRINOVER, 1994, p. 110).

Por esse motivo, ficam proibidas as provas ilícitas e ilegítimas, obtidas por meios diversos do que a Lei prevê, concorrendo à consequência de invalidar as provas. As provas ilegítimas não são evitadas de vícios materiais, nem obtidas por meios restritos, mas sim, por não possuir legitimidade para ser apresentada na investigação, já as provas ilícitas desconstituem a forma material, ou seja, não seguem a licitude em que uma prova deve ser produzida (GOMES, 1997).

Em outro entendimento Vicente Greco Filho (2015), defende que as provas ilícitas e ilegítimas podiam ser convalidadas, anteriormente à Lei especial 9.296, de acordo com o Princípio da proporcionalidade e razoabilidade, visam proporcionar o equilíbrio dos direitos fundamentais contra ações que violem tais direitos, tem o intuito de ponderá-los, sobrepondo nos casos reais se a prova poderá ser convalidada.

Antes da criação da Lei das interceptações telefônicas, a interceptação mesmo autorizada por Juízo já era prova ilícita, inclusive o Superior Tribunal Federal

e Superior Tribunal de Justiça, invalida a prova produzida antes da Lei que autorize (CABETTE, 2015).

Após a vigência da Lei 9.206, houve o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal Federal, considerando ser incompatível a convalidação de provas obtidas por meios ilícitos e ilegítimos:

De modo algum, no entanto, a lei nova possui força para convalidar (ou legitimar) interceptações telefônicas 'autorizadas' antes da lei. Ainda que a interceptação tenha sido realizada depois dela. Se autorizada antes, não vale. Tudo por causa do princípio tempus regit actum, é dizer, o ato deve ser regido pela lei do seu tempo. Autorização dada de 25-7-96 em diante é válida, se observada a Lei n. 9.296/96. Autorização concedida antes da edição deste diploma legal não está regida por lei alguma (seja porque o Código Brasileiro de Telecomunicações não fora recepcionado, seja porque ainda não havia sido regulamentado o inc. XII). Logo, é irreversivelmente nula (a rigor inadmissível), por não atender ao princípio da legalidade. Não pode, portanto, produzir efeitos. Para nós, toda prova colhida por força de interceptação telefônica autorizada antes da lei é ilícita, consoante correto e reiterado entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, e de nada vale, para o efeito de sua admissibilidade, a lei nova. (GOMES, 1997, p. 77-78).

Segundo Flávia Ortega (2016), a interceptação somente foi recepcionada e utilizada como prova lícita após a criação da Lei especial que a rege. Além da ilicitude das interceptações anteriores a Lei 9.296, há mais duas hipóteses em que é ilícita a interceptação, a primeira se dá quando o policial utiliza de gravação clandestina para conseguir confissão do investigado, deixando de aplicar e falar a respeito das garantias constitucionais do mesmo. A segunda ilicitude de prova produzida na interceptação, é a investigação de conversa telefônica entre advogado e cliente, quando o cliente é o investigado, pois a conversa entre o advogado e o cliente é um ato de sigilo profissional, resguardado ao advogado em seu Estatuto.

Porém, se o advogado for o próprio investigado, não há nenhuma excludente ou ilicitude neste ato, as provas produzidas nesta investigação serão válidas, pois não será utilizado o sigilo profissional, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus 66.368, não haverá interferência nas comunicações feitas com os clientes:

É dever da Autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os

dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada. Se o Magistrado singular, ao determinar a escuta telefônica, o fez em relação às pessoas investigadas, explicitando os números dos telefones, não cabe à Autoridade policial fazer qualquer tipo de filtragem. Mesmo que em algumas interceptações os investigados tenham recebido e feito ligações para os seus defensores, estas foram gravadas e transcritas de maneira automática, do mesmo modo como ocorreu com as demais conversas efetivadas através dos celulares dos pacientes. Cabe ao Juiz, quando da sentença, avaliar os diálogos que serão usados como prova, podendo determinar a destruição de parte do documento, se assim achar conveniente, no momento da prolação da sentença (ORTEGA, 2016, p.5).

Acerca das conversas contidas no celular ou outros meios de comunicação de um advogado, há outra questão de suma importância no direito processual penal, e que incide diversas vezes na interceptação telefônica, o fato se dá quando o Juiz autoriza a interceptação telefônica de um suspeito e durante a gravação há um terceiro envolvido no mesmo crime ou crime diverso, é válido lembrar que este terceiro não estava incluído na autorização da gravação, este acontecimento é a serendipidade, que significa procurar algo e encontrar outro, denominado pela doutrina por encontros fortuitos (MENDES, 1999).

Há dois posicionamentos a respeito da serendipidade em casos de terceiros envolvidos na interceptação, a primeira corrente doutrinária afirma que a descoberta de um terceiro na gravação da conversa, constitui uma prova lícita quando descoberta fortuitamente, dando início a um pedido novo de interceptação, desde que esteja conexo ao mesmo crime do que já estava sendo investigado, e caso não seja conexo ao crime poderá ser feito como uma denúncia *noticia criminis*, para iniciar uma nova investigação. A segunda corrente doutrinária, também já repercute nos tribunais que, as provas fortuitas serão consideradas lícitas, mesmo se não for conexa ao crime já em andamento de investigação, mas se obtiver outro crime que seja objeto do fato que está sendo investigado, pois o Estado tem o dever de investigar uma denúncia (NERY JÚNIOR, 2003).

Vicente Greco Filho (1996), afirma que se analisarmos a lógica da investigação, quase sempre abrangerá um terceiro envolvido:

A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a

prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. Ora, ao se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores. A autorização de interceptação, portanto, abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência (p. 20,21).

Então resta claro que se admite a prova de interceptação de um terceiro que não está mencionado na investigação, mesmo que não esteja participando do mesmo crime, mas sim de um crime relacionado ao mesmo. É pertinente destacar que o investigado possui uma garantia constitucional de alegar a ilicitude das provas produzidas, apenas na primeira instância, sendo inadmissível em outra fase alegá-las (ORTEGA, 2016).

De acordo com Nelson Nery Junior (2003), admite-se também de forma pacificada pelo Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a prova emprestada no âmbito da investigação, não podendo ser produzida em outra matéria, apenas na interceptação telefônica e na ação penal, porém, pode ser emprestada a outras matérias, como administrativas, trabalhistas, inclusive pode ser utilizada para processos em pessoas que não participaram no polo da investigação criminal:

mesmo que as provas sejam produzidas no processo penal e se for por interceptação telefônica e for lícita e como é autorizada pela nossa Constituição Federal poderemos sim usá-la como prova emprestada no processo civil por isso diz que é eficiente no processo civil, pois diz em nossa Constituição em seu artigo 5º, LVI que fica vedado a eficácia da prova obtida de forma ilícita assim não poderia ser utilizada no processo penal e nem no processo civil nada proíbe o empréstimo da prova que foi produzida no processo penal de forma lícita cumprindo os requisitos propostos pela lei (p.460).

Por fim, a prova no âmbito do processo penal está elencada no artigo 5º, da Constituição Federal: 'XII - é inviolável o sigilo [...] 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;' mantendo a previsão constitucional, o Legislador entende que a finalidade da interceptação é a produção da prova, com o intuito de diminuir as organizações criminosas e os grupos de criminosos, sendo um meio pelo qual, sem este seria impossível produzir outras provas (BRASIL, 1988, p.2) .

3.7 Adequação da lei 9296/1996 a Constituição Federal

Durante anos houve a reivindicação de uma Lei que trouxesse ao ordenamento jurídico a autorização das interceptações telefônicas por quebra de sigilo das comunicações, mas não era aceita por violar aos direitos fundamentais, com a criação do inciso XII, do artigo 5º na Carta Magna, houve apenas a liberdade da quebra de sigilo em correspondências (LIMA, 2015).

A Lei 9.296 de 1996, apenas teve aplicabilidade de forma concreta após a criação da parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, em que se aceitou a interceptação telefônica como meio de prova em casos onde não houver outro meio de obtê-la. A Aplicação da Lei específica, impôs que a gravação telefônica não é mais uma prova ilícita que viola direitos e garantias fundamentais, pois é utilizada de forma que busca a verdade real e não requer prejudicar nenhuma das partes, apenas buscar a justiça (CABETTE, 2015).

Fernando Capez (2012), traz a percepção que a Lei das interceptações telefônicas trouxe a oportunidade de investigar, sem se tratar de violação as garantias fundamentais, pois será a interceptação utilizada apenas em última circunstância:

Assim, a Lei n. 9.296/96 estabeleceu os requisitos para a autorização da quebra do sigilo no seu art. 2º, mas estendeu essa possibilidade também à hipótese das transmissões de dados (art. 1º, parágrafo único), tornando-a de duvidosa constitucionalidade, já que a norma do art. 5º, XII, da CF só permitiu a violação do sigilo no caso das comunicações telefônicas (convém lembrar que o mencionado dispositivo apenas admitiu a violação do sigilo no último caso, que é justamente o caso das comunicações telefônicas). (p. 376).

Mesmo após autorização e alterações constitucionais para a criação da Lei 9.296, apenas oito anos depois entrou em vigor, ou seja, em 2004 a Lei foi autorizada para fins de investigação criminal, pois foi utilizado apenas como teste, vinculando ao Código Brasileiro das Telecomunicações, que já permitia anteriormente a Constituição, licito violar de ligação telefônica mediante requerimento e autorização judicial. (LIMA, 2015).

Eduardo Luiz Santos Cabette (2015), expõe a respeito do entendimento dos Tribunais acerca do artigo 57 do Código de Telecomunicações Brasileiro, este

não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão do artigo 5º, inciso XII, pois previa a criação de uma Legislação específica com hipóteses que autorizasse a interceptação para requerimento ao Juiz, deste modo, a redação do artigo 57, inciso II, alínea e prevê:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (p. 94).

Os requisitos contidos no artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna eram três, sendo eles: ordem judicial que autorizasse; Lei específica que contenha as hipóteses e requisitos para se permitir a quebra do sigilo e por fim ter a finalidade de colher e produzir provas claras para ação penal e investigação criminal. O primeiro requisito é a necessidade da Legislação específica, como ainda não havia a edição da Lei das interceptações telefônicas, era necessário cumprir essas três exigências, pois não haviam determinações de tempo da investigação, ou como seria a gravação, desta forma era o processo encaminhado ao Juízo competente para dar andamento ao processo e oferecer ao investigado o direito ao contraditório (LIMA, 2015).

Renato Brasileiro Lima (2015), demonstra de forma clara, que a o artigo 57, inciso II, alínea "e", da Lei nº 4.117/62 não foi recepcionado por ser considerado prova ilícita:

Logo, se o art. 57, inciso II, alínea "e", da Lei nº 4.117/62 foi tido como não recepcionado pela Constituição Federal, todo e qualquer elemento probatório colhido com base em interceptação telefônica judicialmente autorizada em momento anterior à vigência da Lei nº 9.296/96 foi considerado como prova ilícita, assim como as provas dele decorrentes (teoria dos frutos da árvore envenenada), in verbis: O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é autoaplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi

recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerusclausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas (p.175).

Após algumas alterações constitucionais e a criação da Lei específica da interceptação telefônica, foi possível adequar este meio de prova de forma que apesar de restringir a intimidade pessoal, invadisse a intimidade e privacidade do investigado de forma menos abrasiva, visando apenas a colheita de provas e o equilíbrio da justiça. Mesmo com a adaptação da Lei 9.296 de 1996 à Constituição Federal ainda há divergências e críticas com relação às garantias fundamentais e as lacunas na Lei que impossibilitam uma efetivação da garantia do sigilo pessoal. Recentemente nas investigações da operação Lava Jato, foram publicadas algumas conversas entre os investigados, não respeitando o sigilo das gravações, que somente deveriam ser expostos se houvesse a autorização dos investigados, vez que esta é meio exclusivo do poder judiciário e da polícia, ocorrendo um grande equívoco, pois a Lei sempre deve resguardar e privar a violação dos direitos e garantias fundamentais. Diante de tudo o que já foi elucidado fica claro que os meios tecnológicos tem gerado inovações, as novas ferramentas e novos meios de prova tem garantido uma efetivação na busca da verdade real dentro do processo brasileiro, sendo este o motivo de se aprimorar cada vez mais este meio de investigação. (MORAES, 2016).

CONCLUSÃO

Atualmente no País, tem-se pautado de muita corrupção e criminalidade, em que nem todos os meios de provas são eficazes para investigar quem os pratica e as penalidades cometidas, é perceptível em nossa realidade que vestígios não são encontrados em todos os crimes. Assim após entrar em vigor a Lei 9296/1996, a interceptação se tornou uma ferramenta extremamente importante, como um meio de confirmar evidências que por outros meios de provas não seriam possíveis.

A presente monografia aduzao conhecimento de que se trata a interceptação telefônica, utilizada como meio de prova no processo penal, fundamentada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, que mais adiante no ano de 1992 foi regulamentada pela Lei especial nº 1996, sendo regularizadoo uso desta ferramenta.

Ao analisar o principal objetivo da interceptação telefônica como meio de prova no processo penal durante uma investigação criminal ou na fase judicial, há interrogação a respeito da licitude da prova, pois o fato de invadir a privacidade do investigado abrange normas e direitos fundamentais elencados como a dignidade da pessoa humana. Desta forma pode-se dizer que o único modo pelo qual a interceptação não venha infringir os direitos fundamentais está ligado à autorização judicial, sem esta, a prova será desentranhada dos autos, se tornando tão inútil e ilícita quanto gravações clandestinas e escutas telefônicas, pois não possuem amparo constitucional.

Além do mais, a interceptação pode ser decretada em questões onde não é possível a produção de outro meio de prova, devendo ser única e imprescindível à

obtenção da espécie probatória necessária. A interceptação é requerida ao magistrado julgador do crime, pelo Ministério Público, autoridade policial e inclusive pelo próprio Juiz de ofício, caso sejam colhidas às provas lícitamente e não for possível encontrar o que se buscava, será desentranhada a interceptação dos autos.

Por fim, resta claro a legitimidade da interceptação e a possibilidade quanto a utilizar esse meio de prova, de modo que não viole o direito à intimidade e privacidade, em que pese às discussões aplicáveis acerca da discussão deste tema, poderá sim de forma demonstrada perante o Juízo a necessidade da colheita da prova e para apurar crime que seja punido com reclusão, de forma alguma em crimes puníveis em contravenção penal e detenção.

Em conclusão, após o advento da Lei das interceptações telefônicas nº 9.296/1996, houve a concreta garantia e compatibilidade constitucional acerca da violação dos direitos fundamentais, levando em consideração o princípio da razoabilidade e celeridade em que não sejam excedidos os prazos legais durante a investigação, viabilizando a busca pela justiça e diminuir a criminalidade, valorando a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Teoria & Direito Público, Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores 2006.

BASTOS, Márcio Thomas. **O Sigilo na Investigação Criminal**. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/noticias/2006/fevereiro/RLS140206aulamagma.htm>>. Acesso em 15 abr. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 2017. 23ª edição. Editora Saraiva 2017.

_____. **Constituição Federal 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Constituição Federal 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. **Lei nº 9.296 de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm> Acesso em: 10 out. 2017.

BRITTO FILHO, Marcio Geraldo Arantes. **A Interceptação de Comunicação Entre Pessoas Presentes** - Vol.1 - Col. Ada Pellegrini Grinover. Volume 1. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

CABETE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação Telefônica**. 3 ed. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito penal: legislação especial**. Volume 4. ed. Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de processo penal**. 19. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Leonardo. **Interceptação Telefônica**. Disponível: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/207388192/interceptacao-telefonica-dicas-rapidas-que-podem-salvar-uma-questao-em-sua-prova>>- Jus Brasil. Acesso em: 25 de fev. 2018.

DIWAN, Alberto. **Interceptação Telefônica**. Disponível em: 08/10/2017 <<https://albertodiwan.jusbrasil.com.br/artigos/187788912/interceptacao-telefonica>> Acesso em: 08 de out. 2017.

GIMENES, Eron Veríssimo; OLIVEIRA, Lucas Pimentel. **A escuta telefônica à luz da Lei nº 9.296/96**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, 1998.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. Lei nº 9.296 de 24/07/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Interceptação Telefônica. Lei nº 9.296 de 24/07/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595> Acesso em 17 abr. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Especial**. Volume II. 12^a ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

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

_____. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei 9296/99**. 3^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível: <www.cjf.gov.br/revista/numero3>- na Revista do Conselho da Justiça Federal nº 03. Acesso em: 15 abr. 2018.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Volume Único. 8ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

MACIEL, Luiz Flávio Gomes Silvio. **Interceptação Telefônica: Comentários a Lei 9.296 de 24.07.1996** - 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

MENDES, Maria Gilmaise de Oliveira. **Direito à Intimidade e Interceptações Telefônicas**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2005.

_____. **Direito Constitucional**. – 32ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2016

NERY JÚNIOR, Nélon. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª Edição. São Paulo: RT, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 1. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

ORTEGA, Flavia Teixeira. **Lei da interceptação telefônica (Lei 9.296/96)**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/334967723/apostila-interceptacao-telefonica>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

PARIZZATO, João Roberto. **Comentários à lei n. 9.296, de 24-07-96: interceptação de comunicações telefônicas**. Ed. Led. São Paulo, 1996.

PRADO, Geraldo. **Limite as Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997