UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

DIEGO GALLO DE SOUZA GAY

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: AS (IM)POSSIBILIDADES DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E OS CASOS DE CLASSIFICAÇÃO COMO PROVA ILÍCITA

Porto Alegre
2014

DIEGO GALLO DE SOUZA GAY

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: AS (IM)POSSIBILIDADES DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E OS CASOS DE CLASSIFICAÇÃO COMO PROVA ILÍCITA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2014

DIEGO GALLO DE SOUZA GAY

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: AS (IM)POSSIBILIDADES DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E OS CASOS DE CLASSIFICAÇÃO COMO PROVA ILÍCITA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em Porto Alegre, em 19 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

_____

Doutor Mauro Fonseca Andrade
Orientador
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

_____

Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

_____

Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, que me enchem de orgulho e admiração, por toda educação e oportunidades que me proporcionaram, bem como pelo amor e compreensão que sempre ofereceram;

Às minhas avós e a todos meus familiares, por todo o acompanhamento que me deram nos anos que se passaram;

Aos meus amigos, que tenho como irmãos, pelo longo caminho que percorremos juntos, e pelo carinho e irmandade que levaremos pro resto da vida;

Ao meu professor orientador, Mauro Fonseca Andrade, por todo apoio prestado na elaboração deste trabalho, bem como pelos abundantes ensinamentos recebidos enquanto fui seu aluno.

RESUMO

O presente trabalho tem, como objetivo, analisar a medida de interceptação telefônica no ordenamento jurídico nacional, e traçar um panorama com as hipóteses em que esta será considerada como prova ilícita. Para tanto, far-se-á uma breve análise histórica sobre as interceptações no sistema brasileiro. Em seguida, estipularemos quais os limites abrangidos pela legislação que disciplina o tema no Brasil, a Lei 9.296/96, tratando de analisar a licitude das captações de conversas que não são regularizadas pela norma citada, bem como exploraremos qual o tratamento dado para as novas formas de comunicações modernas pela jurisprudência e pela doutrina nos dias de hoje. Após, passaremos a examinar os requisitos que a legislação define para a utilização das interceptações telefônicas e, em comparação, estipularemos quais os limites que fazem com que a falta de tais requisitos leve à ilicitude da prova. Para tanto, necessário que se trabalhe a abordagem dada às provas ilícitas no sistema jurídico nacional, e como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade neste sentido. Por fim, se procederá uma análise de casos, que são tidos como divergentes na doutrina sobre o tema, norteando o exame para as visões dominantes sobre as hipóteses e como podem ser classificadas como provas ilícitas.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Meio de prova. Lei 9.296/96. Gravações clandestinas. Provas ilícitas. Restrição de direitos. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze telephone interception in national law and outline the cases in which it may be considered illegal evidence. Therefore, it will make a brief historical analysis of telephone interceptions in Brazilian system. Then we will draw up the limits of the legislation regulating this issue in Brazil, Law 9,296/96, trying to analyze the legality of interceptations of phone conversations that are not contained within the limits of such Law, as well as the treatment given to new modern communication forms by case law and doctrine nowadays. Thereafter, we shall examine the requirements that the legislation provides for the use of telephone interception and, in comparison, we shall examine the limits for the lack of such requirements to lead to illegality of evidence. Therefore, it shall be necessary to analyze the treatment of illegal evidence in the national legal system, and how the principle of proportionality is applied in this regard. Finally, an analysis of cases considered different in the literature on the subject shall be made, guiding the examination of dominant views over the aforementioned hypothesis and how such hypothesis may be classified as illegal evidence.

Keywords: Telephone Interception. Evidence. Law 9,296/96. Bootleg. Illegal Evidence. Restriction of Rights. Proportionality Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 7

2 OS LIMITES DA LEI 9.296/96 E O CONFLITO COM AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS 10

2.1 Breve panorama histórico 10

2.2 Formas de captação telefônica e a aceitação pelo direito brasileiro das espécies não abrangidas pela Lei 9.296/96. 12

2.2.1 O conceito de interceptação telefônica 12

2.2.2 As espécies de captações de conversas 12

2.2.2.1 – Utilização de gravação telefônica feita por vítima de crime 16

2.2.2.2 Gravações clandestinas - ambientais ou telefônicas 17

2.2.2.3 Escutas e interceptações ambientais: limite de intervenção investigativa 20

3 OS REQUISITOS DA MEDIDA E A INTERPRETAÇÃO COMO PROVA ILÍCITA 29

3.1 As exigências legislativas e jurídicas para a decretação das interceptações ... 29

3.1.1 'Fumus Comissi Delicti' 31

3.1.2 'Periculum in Libertatis' 33

3.1.3 Crime punido com pena de reclusão 37

3.2 Provas ilícitas e provas ilegais 40

3.3 O princípio da proporcionalidade 43

4 CASOS ESPECÍFICOS SOBRE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDEMANTO JURÍDICO 47

4.1 A captação de conversas telefônicas de advogado 47

4.2 A renovação da medida por inúmeras vezes 50

4.3 A ilicitude da falta de transcrição completa das captações 52

4.4 A serendipidade e sua aceitação no direito pátrio 54

5 CONCLUSÃO 57

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 62

1 INTRODUÇÃO

O passar dos anos, com imprescindível advento de novas tecnologias, fez com que a criminalidade também adquirisse tecnologias variadas para aperfeiçoar e acobertar os atos delinquentes. Nesta seara, os meios de provas primitivos, como a simples prova testemunhal, muitas vezes não são hábeis para desvendar crimes de complexidade alta, seja pela inteligência criminosa, seja pela estrutura cada vez mais bem hierarquizada de grupos voltados aos delitos.

Para que o Estado detenha condições mínimas de combater a criminalidade e instrua adequadamente a percussão penal, faz-se necessário que os órgãos públicos detenham também o acesso às tecnologias para a investigação. Os meios de captação de sons ou até mesmo imagens, portanto, tornaram-se ferramentas cada vez mais importantes a serviço da Justiça Criminal, sendo um avanço para os órgãos estatais no âmbito da persecução penal, principalmente em sua fase investigativa, onde é mais utilizada.

No presente trabalho, abordaremos primeiramente um panorama histórico da evolução da medida de interceptação telefônica. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, prevê 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". Acontece que a Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e a legislação a qual aquele artigo se refere, que traria as hipóteses da inviolabilidade das comunicações telefônicas, surgiu somente com o advento da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

Dessa forma, é necessário situar a evolução dessa medida no direito pátrio e, além disso, definir como era dado o tratamento da medida diante desta inércia legislativa. As hipóteses em que eram aceitas as quebras de sigilo mesmo sem lei para regulá-las serão trabalhadas logo no capítulo inicial.

Por oportuno, igualmente importante se faz delinear quais os tipos de interceptações telefônicas e, ainda, determinar as espécies que foram tratadas pela Lei 9.296/96. Conforme se verá, diversos modos de captação de conversas não foram abarcados pela referida Lei e ainda carecem de resguardo legislativo. Mesmo

assim, tais espécies ainda são classificadas como provas lícitas no processo penal, a depender de alguns requisitos exigidos pela jurisprudência e pela doutrina.

Seguindo a linha de traçar os limites de aplicação da Lei 9.296/96, ainda no primeiro Título do presente, esmiuçaremos os limites dados ao seu artigo 1º, o qual refere que a interceptação telefônica "*de qualquer natureza"* será objeto da aplicação da lei, bem como que o disposto nesta norma aplica-se ao "fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*"*. Diante disso, fundamental que se faça a análise de abrangência de tais dispositivos, como uma abordagem sobre sua constitucionalidade, bem como da aplicação em todos os novos meios que a tecnologia nos proporciona, como novos tipos de comunicação via *internet*.

Para tanto, buscaremos as mais recentes decisões e publicações a respeito, tratando de arquitetar completamente os alcances da Lei supracitada.

Após traçarmos os limites da referida legislação, convém, para entendermos as possibilidades em que a interceptação é tida como ilícita, desdobrarmos os requisitos indispensáveis para a decretação da medida. Além do dispositivo constitucional anteriormente citado que, de pronto, já exige ordem judicial para a viabilidade da quebra de sigilo telefônico, o artigo 2º da Lei 9.296 enumera outras condições.

Para a licitude probatória, a legislação exige indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal, que a prova não possa ser feita por outros meios e, por fim, que o fato investigado seja punido com pena de reclusão. Trabalharemos a hermenêutica jurídica envolvida para a aplicação dos requisitos, tentando buscar a posição majoritária a respeito.

Na sequência, importante que se faça uma análise do conceito de prova ilícita no processo penal, com o confronto com a prova ilegal e, principalmente, buscar onde se encaixariam as interceptações telefônicas não validadas pelo nosso ordenamento jurídico.

Não menos importante, cumpre desmembrar o princípio da proporcionalidade, que é o principal norte no conflito entre a violação ao sigilo de comunicações em contrapartida ao poder investigatório do Estado, que representa o combate à criminalidade *pro societate*.

Por fim, convém analisar situações específicas, que já foram abordadas na doutrina e nos Tribunais deste país, acerca da licitude da interceptação telefônica em casos concretos.

Certo é que muitas vezes a Lei de Interceptação pode entrar em conflito com outra legislação em vigor. É o caso, por exemplo, da captação de conversas telefônicas de advogado, cuja decretação por certo confronta o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (doravante, OAB), que prevê a inviolabilidade do sigilo para profissionais da área, pois, de certo, este seria uma imensa barreira para o exercício da profissão.

Outrossim, muito se discute pela ilegalidade da medida que tem seu tempo de decretação renovado por inúmeras vezes. Nesta seara, com a divergência doutrinária, seria possível a sucessão de prolongamento do tempo permitido pela lei, qual seja, quinze dais, por diversas vezes?

A interceptação telefônica também pode servir para a ajuda de teses defensivas ou, até mesmo, para inocentar algum suspeito. Por essa forma, vem se sustentando a indispensabilidade da transcrição completa das captações. Seriam ilícitas as degravações incompletas, que, além de supostamente prejudicarem o suspeito, também podem prejudicar até mesmo a acusação?

Não menos importante são os casos de serendipidade. Tal fenômeno se dá pelo encontro fortuito de novo delito, ou novos suspeitos, em decorrência de interceptação telefônica anteriormente autorizada e, portanto, lícita. Trata-se de instituto relativamente novo no processo penal mas, não por isso, menos importante. Trabalharemos como o encontro, ao acaso, de crimes ou de suspeitos que não eram inicialmente investigados são acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, tentaremos sempre trabalhar as hipóteses ou tipos de interceptações telefônicas enquanto provas válidas no processo penal. Tal estudo geralmente nos leva a um contrapeso entre o direito a intimidade e ao interesse público, que deverá ser solucionado com a correta aplicação do princípio da proporcionalidade.

2 OS LIMITES DA LEI 9.296/96 E O CONFLITO COM AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, situaremos o procedimento de interceptação telefônica num contexto histórico, trabalhando a aceitação da medida desde antes da promulgação da Lei 9.296/96.

Ademais, veremos quais as formas de interceptações adotas e trabalharemos os limites de comunicações que são abrangidos por esta legislação. Voltamos o estudo, por fim, ao tratamento dado aos tipos de captações de conversas não regulados pela Lei 9.296/96.

2.1 Breve panorama histórico

O advento da Constituição Federal de 1988 excepcionou a inviolabilidade das comunicações telefônicas de forma cristalina. Conforme previsão do artigo 5º, inciso XII[1], o constituinte estabeleceu que, para fins de investigação criminal ou instrução penal, seria possível efetuar a interceptação na comunicação telefônica, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Acontece que, antes da Constituição Federal de 1988, existiam grandes discussões e divergências acerca da permissão da quebra de sigilo desta espécie. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1969 estipulava, sem mencionar qualquer reserva, a inviolabilidade dos sigilos das comunicações telefônicas. As divergências doutrinárias se estabeleciam principalmente em função das disposições do artigo 57 da Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) que, em seu inciso II, alínea *e*, refere não constituir violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Enquanto parte da doutrina entendia que a garantia constitucional poderia sofrer limitações, pois esta não deveria ser utilizada para atividades ilícitas ou

[1] "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".

criminosas, podendo, portanto, ser determinada a interceptação (GRINOVER, 1987); outra corrente, majoritária, referia ser incompatível o preceituado no Código Brasileiro de Telecomunicação com a Constituição Vigente, que estipulava uma vedação absoluta à quebra de sigilos (CAPEZ, 2013, p. 482).

No que se refere à orientação jurisprudencial, o Pretório Excelsior possuía firme entendimento, seja antes ou depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, de que, enquanto as interceptações não fossem regulamentadas por lei ordinária, não haveria a possibilidade de utilização da medida, por não ser o preceito constitucional autoaplicável. O Código Brasileiro de Telecomunicação não poderia ser aceitado como legislação complementar à Constituição pois, segundo o Min. Sepúlveda Pertence, "enquanto não vier a lei a estabelecer as hipóteses e a forma como as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada especifica"[2].

Importante ressaltar que, muito embora a Corte Superior assim se posicionasse, diversos outros Tribunais de Justiça do país detinham posicionamento diverso. O Superior Tribunal de Justiça, aliás, se posicionou de forma contrária, ao entender que excepcionalmente a medida poderia ser decretada[3].

A vedação do Supremo Tribunal Federal foi superada com a promulgação da Lei 9.296 de 1996, que regulou as interceptações telefônicas. Tal legislação indicou os requisitos básicos para o deferimento da medida, quais sejam: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; não houver outro meio de produzir a mesma prova; e o fato for punido com pena de reclusão. Estes requisitos serão oportunamente estudados minuciosamente no decorrer do presente trabalho.

Atualmente a quebra de sigilo telefônico é tranquilamente aceita no direito processual penal brasileiro, desde que, obviamente, sejam respeitados os requisitos impostos pela lei. Oportuno frisar, outrossim, que constantemente os direitos individuais são sobrepostos para o deferimento da interceptação, motivo pelo qual esta tem de ser vista como medida de exceção à regra, que é a inviolabilidade da comunicação alheia.

---

[2] HC 69.912-0-RS, DJU 25/03/1994, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

[3] No julgamento do RHC nº 4.138/SP, DJU 21/11/1994, sendo relator o Ministro José Dantas, entendeu-se que o réu *"não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade".*

2.2 Formas de captação telefônica e a aceitação pelo direito brasileiro das espécies não abrangidas pela Lei 9.296/96.

2.2.1 O conceito de interceptação telefônica

Primeiramente, por oportuno, convém situar o conceito entendido como interceptação no ordenamento jurídico.

Do ponto de vista etimológico, interceptar significa interromper no seu curso, deter, impedir, cortar, reter, empolgar[4]. Esta é uma utilização literal do próprio verbo "interceptar" e estes significados não são utilizados no tratamento do procedimento investigatório de gravações de conversas.

Pelo contrário, do ponto de vista jurídico, "interceptar", pelo posicionamento na da Lei 9.296/96, expressa o ato de captar alguma informação da comunicação de interlocutores, ou seja, tomar conhecimento da conversação alheia. Aqui o termo utilizado não se confunde com cortar ou impedir a conversa dos interlocutores, mas sim detém um sentido antagônico, pois é necessário que exista a integralidade da conversa, para que se possa colher provas eficientes para o instrumento processual ou policial.

Portanto, forçoso reconhecer que a medida de interceptação telefônica possui natureza jurídica de um meio de obtenção de provas, sendo uma medida cautelar preparatória quando realizada na fase policial, e incidental quando realizada na Justiça durante instrução (MENDES, 1999, p. 178).

2.2.2 As espécies de captações de conversas

É necessário que se faça a diferenciação entre os tipos de quebra de sigilo telefônico, quais são os modelos disciplinados pela Lei 9.296/96, e, antes de se

[4] Dicionário Aurélio *Online*. Disponível em: *http://www.dicionariodoaurelio.com/interceptar*.

discutir os preceitos básicos resguardados pela citada legislação, necessário que se entenda também como se dá o tratamento pela doutrina e jurisprudência pátria em relação as captações de comunicações que não são objetos da referida Lei. Por mais que, diversas vezes, a doutrina e a jurisprudência tratem tais institutos de forma imprecisa, existem diferenças substanciais, inclusive apresentando disciplinas legais distintas.

A interceptação telefônica é o gênero, que se subdivide em seis espécies: interceptação em sentido estrito, escuta telefônica, gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental. Este é o entendimento doutrinário (GOMES, 2013, p. 24-25) e também jurisprudencial[5] acerca da subdivisão do instituto.

Interceptação telefônica 'stricto sensu' é a que se dá quando um terceiro capta a comunicação telefônica dos comunicadores, sem o consentimento de nenhum desses. Dessa forma, um terceiro detém o conhecimento do captado, e só este sabe da captação da conversação, existindo sempre esta intervenção alheia aos interlocutores.

A *escuta telefônica* também é feita por um terceiro, que, da mesma forma, capta a comunicação dos interlocutores feitas por meios de transmissão de dados (telefone, celular, etc.), porém um destes comunicadores detém o conhecimento de que a conversa está sendo gravada. Aqui temos que a principal diferença entre interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica: nesta, um dos comunicadores detém o conhecimento da intromissão alheia na conversação; naquela, nenhum dos dois sabe da captação.

Doutra forma, a *gravação telefônica* ocorre quando um dos interlocutores grava a própria comunicação telefônica, porém sem o conhecimento do outro interlocutor. Como não há tal consentimento mútuo, tal instituto também é conhecido como gravação clandestina.

Já a *interceptação ambiental* consiste em um registro de sons ou até mesmo imagens, feitas por um terceiro, envolvendo a conversação entre dois ou mais

---

[5] No julgamento do HC 161053 / SP, DJU 27/11/2012, sendo relator o Ministro Jorge Mussi, STJ, temos a classificação: "*1. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende ordem judicial, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. 2. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento e a ciência do outro*".

comunicadores, sem o conhecimento destes. Um exemplo trazido por Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno: a autoridade policial, na investigação de quadrilha que atua no tráfico de entorpecentes, realiza filmagens, por sucessivos dias, das condutas criminosas, não tendo os traficantes, por óbvio, conhecimento do registro (VASCONCELOS; MAGNO, 2011, p. 55).

Seguindo o raciocínio, *escuta ambiental* corresponde a captação de sons ou imagens de um ambiente feitas por terceiro, porém com o consentimento de um dos comunicadores.

Por fim, a *gravação ambiental* vislumbra a captação de uma comunicação no ambiente feita por um dos participadores, sem o conhecimento do(s) outro(s).

Temos outros casos em que gravações de conversas são realizadas mas não podem ser taxadas de nenhuma das subdivisões de interceptação telefônica. O primeiro exemplo são as denominadas “gravações deliberadas”: realizadas com o conhecimento de todos os interlocutores, que concordam em registrar o que foi dito no ambiente; o segundo, as “gravações consentidas”: sucedidas por um dos interlocutores, que grava a conversa telefônica, mas com o consentimento do outro. Nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette “é claro que nesses casos seria despiciendo o tratamento específico na legislação, já que o conhecimento expresso do interlocutor afasta qualquer possibilidade de alegação de ilegalidade da prova. Afinal a privacidade e a intimidade são bens jurídicos disponíveis” (CABETTE, 2011, p. 30).

Convém agora fazer uma análise de quais tipos de interceptação não abrangidos pela Lei 9.296/96 são aceitos pela doutrina e pela jurisprudência nacional. É de se ressaltar que os tipos abrangidos pela Lei das Interceptações serão tratados em capítulo oportuno, portanto certamente não esgotaremos a matéria neste ponto. Um estudo mais aprofundado será feito, no qual se desenvolverá a classificação de interceptações reguladas pela Lei 9.296/96 como provas ilícitas e se trará uma análise de casos e exemplos jurisprudenciais.

Existe grande divergência doutrinária acerca de quais *tipos* de interceptação são acolhidos pela Lei, o que será sempre objeto de grande discussão.

No entender de Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel, tem-se que:

> (...) são objetos da Lei 9.296/1996 apenas a *interceptação em sentido estrito* e a *escuta telefônica*. É que apenas nessas duas hipóteses há *comunicação telefônica* e um *terceiro* interceptador. As demais situações estão fora do regime jurídico instituído pela Lei 9.296/1996. Na gravação telefônica não há o *terceiro interceptador* (a captação da conversa é realizada pelo próprio interlocutor, embora sem o conhecimento do outro). Já na interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental não há *comunicação telefônica* (tão somente conversa ambiente) (GOMES; MACIEL, 2013, p.25-26).

O discorrido nos parece correto pois, primeiramente, o artigo 1º da Lei 9.296/96 refere que "*a interceptação de comunicações telefônicas*" é o tema disciplinado pela legislação. Como já tratado, as interceptações ambientais são feitas no próprio ambiente da conversa, onde não se apresenta qualquer comunicação telefônica. Por oportuno, convém frisar que a abrangência do termo comunicação telefônica será tratado no capítulo, levando em consideração as diversas novas formas de comunicação que as tecnologias possibilitam à sociedade.

Ainda sobre a ponderação de Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel, afigura-se preciso aceitar a escuta telefônica como uma interceptação abarcada pela referida Lei. Isso porque, o artigo 3º da Lei das Interceptações leciona que a medida será determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público. O legislador, com essa redação legal, restringe o âmbito da aplicação da medida. Resta evidente que somente um *terceiro* poderá interceptar a comunicação alheia, pois, para se realizar o objeto da Lei, é preciso o acompanhamento estatal. Esta é, sem dúvidas, uma forma de o Judiciário monitorar a realização das captações feitas pelos agentes públicos, o que asseguram o maior controle ao direito à privacidade e intimidade, resguardados pelo artigo 5º, inciso X[6], da Constituição Federal.

É certo que esse raciocínio nos revela a regra, o que, por óbvio, suporta exceções quanto à aceitação e a licitude das provas trazidas ao instrumento processual. Ainda, forçoso reconhecer que não só por não serem abordadas pela Lei 9.296/96, as demais subdivisões não podem ser trazidas ao instrumento processual.

O preceito máximo para a realização das interceptações telefônicas trabalhadas na Lei 9.296/96 é a autorização judicial. Isto demonstra o tom de

[6] 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;

exceção da medida e alto controle jurisdicional que o legislador quis dar ao instituto. Ao seu turno, as situações da vida cotidiana muitas vezes fogem dessa realidade instituída na lei, e a partir deste capítulo trabalharemos estes casos. Estudaremos agora o tratamento dado às captações de conversas não regulados pela Lei 9.296/96, discorrendo a aceitação, ou não, das medidas no ordenamento nacional.

2.2.2.1 – Utilização de gravação telefônica feita por vítima de crime

Imaginemos um caso em que um dos interlocutores investe criminosamente contra o outro, numa situação de extorsão ou ameaça. A jurisprudência da Corte Superior, em acertada decisão, referiu ser lícita a gravação clandestina de tal diálogo pelo interlocutor vítima do crime[7]. O principal argumento do julgado é de que o interlocutor a quem é dirigida a proposta criminosa detém o direito de se defender. E nos parece completamente coerente que se utilize de gravação não autorizada judicialmente, até porque, em realidade, se encontra em caso de vulnerabilidade.

Aqui temos de considerar que a gravação transcende a classificação como meio de prova processual. Está além disso pois, antes de mais nada, configura a hipótese de legítima defesa, estado de necessidade ou alguma excludente de ilicitude diversa, a depender do caso concreto.

Outro argumento consistente do Pretório é de que a inviolabilidade das comunicações pessoais não podem servir de resguardo para práticas de delitos. Por óbvio, o entendimento é de que é inconsistente e fere o senso comum se falar em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer outro tipo de chantagista.[8]

Nesse sentido, cabe transcorrer, outrossim, a brilhante lição de Alexandre de Moraes sobre o assunto:

---

[7] STF - HC: 75338 RJ, Relator: Nelson Jobim, Data de Julgamento: 11/03/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 25-09-1998.

[8] STF, HC 75338/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25.09.1998, p. 11

> As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiras pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...) (MORAES, 2003, p.382-383)

O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, também reconhece como lícita a prova trazida pela vítima de crime[9]. Dessa forma, pode-se dizer que é pacificado o entendimento neste sentido, até porque tal gravação está além da identificação como prova lícita, existindo uma excludente de antijuridicidade envolvida.

Ademais, nesses casos também são permitidas escutas telefônicas no ambiente, realizadas por terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores vítima de um delito pois, da mesma forma, trata-se de exercício de legítima defesa[10].

2.2.2.2 Gravações clandestinas - ambientais ou telefônicas

Mas não são só em casos extremos, como o supracitado, que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização de gravações feitas clandestinamente pelo interlocutor. Trabalharemos agora, de forma mais abrangente, as gravações clandestinas, ou seja, gravação por um dos interlocutores sem o consentimento de outro, seja de captação telefônica ou ambiental.

O STF vem entendendo, com jurisprudência já consolidada, que, independente de ordem ou conhecimento judicial, a gravação telefônica realizada pelo próprio interlocutor, sem o conhecimento do outro, é lícita e tem valor como documento probatório.

Isto porque a questão posta está além da violabilidade das comunicações, tratando de proteção da privacidade e da própria honra que, no entender do Supremo, não constituem direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse

---

[9] STJ, RMS 19785/RO, 5ª Turma, DJ 17.04.2000
[10] STF, HC 74.678, DJ 15.08.97.

público[11]. Essa concepção lastreia-se no fato de que a única vedação constitucional expressa diga respeito à interceptação telefônica objeto da Lei 9.296/96, que, como visto, não aborda as gravações clandestinas, realizadas por um dos interlocutores. A ressalva dada para o caso é de que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conservação[12].

A matéria foi abordada pelo pleno do STF, em julgamento da APn 447 (Informativo 536) e, na oportunidade, por maioria dos votos, decidiu-se no sentido do supracitado. Aliás, tal jurisprudência foi reconhecida como repercussão geral, no julgamento do RE 583.937, consolidando a licitude da "prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento de outro"[13].

Há de ser citado também as exceções promulgadas pelo Supremo pois, por óbvio, nem todas as gravações clandestinas têm de ser tratadas como lícitas. A aceitação de tal medida como lícita restringe-se a meios de defesa[14], como são a maioria dos casos, ou em razão de investida criminosa, tema abordado no subcapítulo anterior. Meios de defesa são a maioria dos casos pois, por óbvio, o indivíduo só irá gravar a conversa numa situação em que se sentir acuado ou repelido pelo outro interlocutor.

E não é diferente a posição adotada pelo STJ, que, em decisão recente, afirmou que "a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento da outra parte, quando não restar caracterizada violação de sigilo, é considerada prova lícita"[15]. Em recente decisão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do recebimento da denúncia nos autos da APn n.º 707/DF, firmou entendimento no sentido de que a gravação clandestina feita por um dos participantes da conversa é válida como prova para a deflagração de persecução criminal. Mas, de igual forma, há de se ter sempre a ressalva da necessidade de que o objetivo da gravação clandestina seja de se preservar diante de atuação desvirtuada da legalidade.

---

[11] STF, HC 87.341, rel. Min. Eros Grau, D.J. 07.02.2006
[12] STF, HC 91.613/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.09.2012
[13] STF, RE 583937/RJ QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 18.12.2009
[14] STF, HC 57.961/SP, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 21/6/2007
[15] STJ, RHC 34733/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, *DJe em* 19/08/2014, o qual ainda refere que "a Lei n.º 9.296/96, que disciplina a parte final do inciso XII, do art. 5.º da Constituição Federal, não se aplica às gravações ambientais."

Esta posição adotada pelos Tribunais Superiores nos parece acertada pois, conforme já trabalhado anteriormente, o objeto específico da proteção constitucional da comunicação telefônica é o sigilo em relação a terceiro e, portanto, não configura afronta a tal sigilo o fato de um dos participantes da comunicação documenta-la de alguma forma, principalmente se for um meio de defesa utilizado.

Doutro lado, a doutrina que aborda o tema não vem entendendo dessa forma.

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes, as gravações telefônicas e ambientais abarcam a intimidade e a privacidade do indivíduo. Uma vez que tais direitos estariam classificados como direitos fundamentais, resguardados pelo artigo 5º, inciso X, da CF, existe a necessidade de lei expressa regulamentando a diligência, bem como ocorre com as interceptações telefônicas já reguladas. Para ele, essas captações são feitas sem lei, sem base legal sendo, por isso, ilícitas sob o ponto de vista constitucional, pois é certo que qualquer restrição ao direito fundamental, por mais que este não seja absoluto, exige regulamentação legal. Nas palavras do professor:

> O que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta é quando se toma conhecimento dela. Não se nega que existe uma escolha da pessoa a quem se confia o conteúdo de uma comunicação. Mas o comunicador, até essa altura, tem controle da informação. (...) Extrapolar a comunicação para terceiros é violar a intimidade, é quebrar o controle da informação. (...) A única possibilidade de uso seria para comprovar a inocência (GOMES; MACIEL, 2013, p.29).

Cumpre frisar que não existe a proibição de gravar a conversa em si, sendo o proibido a divulgação indevida dessa conversação, pois qualquer pessoa pode gravar sua própria comunicação (AVOLIO, 2010, p. 127). Para os adeptos dessa corrente, portanto, tais gravações não poderiam ser utilizadas contra o acusado (HENTZ, 1995, p. 4).

O que não se pode auferir, contudo, é que a doutrina não aceite de forma alguma essa violação à privacidade. Pelo contrário, sustenta que, se houver a regulamentação legal, há de ser introduzido no direito brasileiro tal medida. Como bem cita Grinover, na oportunidade da promulgação da Lei 9.296/96, “o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem

tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações" (GRINOVER, 1997).

A posição adotada pelo STF nos parece correta por ser restringida a casos em que o interlocutor esteja se utilizando de meios de defesa ou esteja em investida criminosa. Isso porque, em casos assim, há de se ter uma relativização do direito da privacidade e intimidade, que não se podem ter sido tidos como absolutos. Outrossim, é de ser considerado que, inclusive por respeito ao princípio da legalidade, se faz necessária a elaboração de lei que discipline o assunto.

2.2.2.3 Escutas e interceptações ambientais: limite de intervenção investigativa

Agora que já trabalhamos os casos em que as captações são realizadas por um dos interlocutores, convém estudar os demais casos que não são recepcionados pela Lei 9.296/96: as escutas ambientais e as interceptações ambientais; ou seja, todos os meios de um terceiro captar a conversa do ambiente real, ou ainda, a captação daquele diálogo não depende de transmissores ou tecnologias para ocorrer.

Neste ponto doutrina e jurisprudência parecem mais convergentes no sentido de admitir tal captação, desde que não afronte brutalmente o direito à intimidade.

Primeiramente, necessário frisar que, como já trabalhado, *escutas* e *interceptações em sentido estrito* detém o mesmo tratamento jurídico, uma vez que em ambas existe a figura de um *terceiro interceptador*. Ou seja, como a gravação não é feita por nenhum dos interlocutores, temos que um terceiro já detém o conhecimento do diálogo o que, independente do consentimento ou não de um dos participantes da conversa, deve ser tratado como uma ameaça ao direito à intimidade constitucionalmente protegido. Dessa forma, abordaremos os dois como se um só fossem, apresentando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito.

Uma divisão que nos parece muito inteligente como solução para melhor contrapesar este conflito com o direito à privacidade é apresentada por Guilherme de Souza Nucci:

> (...) a interceptação ambiental deve ser inserida em três diferentes cenários: a) captação de conversa alheia mantida em lugar público: não nos parece ser prova ilícita, pois, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam recolher-se a lugar privado; b) captação de conversa mantida em local privado: constitui invasão de privacidade, pois não está autorizado, judicialmente, o ingresso em casa alheia, cuja inviabilidade é constitucionalmente assegurada, (...) c) captação de conversa mantida em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores: constitui invasão de privacidade, pois o interceptador não pode imiscuir-se em segredo de terceiros, sem permissão legal (NUCCI, 2010, p. 794).

Com a devida vênia, o único equívoco apresentado pelo professor Nucci na classificação diz respeito à 'captação de conversa mantida em local público, porém em caráter sigiloso'. Isto porque, partindo do pressuposto de que os interlocutores desejam sigilo, devem eles se manter em local apropriado, uma vez que os locais públicos são acessados por quaisquer indivíduos. Ademais, resta completamente duvidoso em quais situações se poderia dizer que uma conversa contém caráter sigiloso: seria necessário que estivessem em cochichos? Próximos um do outro? Enfim, por todas as questões que poderiam daí seriam levantadas, há de se fazer a divisão em conversas em locais públicos e conversas em locais privados.

Por óbvio, as gravações em locais públicos são amplamente aceitas e utilizadas pela doutrina e pelas Cortes Superiores. Isso porque, partindo do pressuposto de que o indivíduo não quer sua intimidade violada, deve manter esta em local apropriado, privado do cotidiano alheio.

No que tange às captações ambientais em locais privados, há de ser analisado o caso individual e sobrepesar este com o direito à intimidade. Conforme leciona Vicente Greco Filho, a utilização de captações ambientais por terceiros "dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário" (GRECO FILHO, 2005, p.6-7).

Para Capez, a forma de se contrapesar tais direitos deve ser a adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*, isto é, o direito à intimidade pode e deve ser violado se, em contraprestação, houver grande ganho à sociedade, de forma a se combater uma criminalidade muito complexa. Cita como casos de se

acabar com uma poderosa quadrilha de narcotráfico ou voltada à dilapidação dos cofres públicos (CAPEZ, 2013, p.489).

Os Tribunais Superiores corroboram com esse entendimento, como é o caso do julgamento do HC 87341/PR[16], no qual um dos interlocutores permitiu a escuta ambiental feita por um programa de televisão, que realizou filmagens com uma câmera escondida. Na oportunidade, o STF novamente alega que tem-se aí um meio de defesa de um dos interlocutores, que permite a gravação para liberar-se de qualquer culpa. Na situação em tela, era solicitado do servidor que pagasse quantia indevida para emissão de certificado de dispensa. A filmagem serviu, portanto, como uma escusa para um dos interlocutores. Por tal motivo, o Tribunal novamente decidiu que o direito à privacidade da imagem não seria direito absoluto, devendo ceder diante do interesse social.

A título de registro, cumpre destacar que existe legislação que prevê, ainda que superficialmente, tais captações ambientais. A Lei 12.850/13, que trata sobre as organizações criminosas, dispõe, em seu artigo 13, que serão permitidos, como meio de obtenção de provas, a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”. Por outro lado, tal legislação não aprofunda o tema, motivo pelo qual não se pode auferir quais as situações e quais os requisitos para o emprego da medida. Na situação em que é colocada, a impressão interpretativa é de que, em se tratando de crimes que envolvem organização criminosa, permitida está a instalação de captações ambientais, uma vez que a legislação sequer menciona a autorização judicial. O certo é que o sistema jurídico brasileiro ainda carece de legislação que discipline a matéria profundamente.

A conclusão, em apertada síntese, que se pode ter diante do estudado é de que, quanto às interceptações não abarcadas pela Lei 9.296/96, há forte tendência na jurisprudência e na doutrina no sentido de aceita-las como prova lícita. Isso porque, conforme trabalhado, a ressalva constitucional abrange tão somente as comunicações *telefônicas* contra investidas de *terceiros*. No que tange às captações ambientais ou às captações feitas por um dos interlocutores, o direito à intimidade, resguardado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, não detém caráter absoluto, podendo ser sobrepostas pelo interesse público ou por ser um instrumento de defesa de um dos interlocutores.

[16] STF, HC 87341 / PR, relator Min. Eros Grau, DJ, 03/03/2006.

Ademais, é importante que frisar que não é por já termos este entendimento favorável que a matéria não mereça ser regulada. Da mesma forma que a comunicação telefônica, o direito à intimidade é um resguardo constitucional, tendo que sua sobreposição ser devidamente regulada, com a adoção de limites e causas que poderão ser aceitas como lícitas.

2.3 A utilização da medida em sistemas de informática e telemática

Após indicarmos quais são as espécies de interceptações disciplinadas pela Lei 9.296/96, quais sejam, a *interceptação telefônica em sentido estrito* e a *escuta telefônica*, convém também apresentarmos qual o entendimento majoritário acerca da delimitação do objeto tratado pela lei. Em outras palavras, quais são os dados permitidos para a interceptação, principalmente após o advento de novas tecnologias, posteriores à promulgação da Constituição e até mesmo da legislação que trabalha o assunto.

O artigo 1º e seu parágrafo único da Lei 9.296/96 são passíveis de minuciosa análise, afim de que se descubra o limite do objeto jurídico trazido com a norma em análise:

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

Para resolvermos o alcance desse instituto, essencial lembrarmos que a interceptação telefônica foi criada com a finalidade de aparelhar a máquina investigativa estatal contra os novos meios de comunicação e desenvolvimento da criminalidade. Significa dizer que, a partir do momento que os delinquentes utilizavam outros meios para troca de informações e elaborações dos delitos ou para o acobertamento destes, imprescindível que os meios de apuração estatais

acompanhassem a evolução, sob pena de tornarem-se obsoletos e antiquados. Esta realidade é deveras atual, levando-se em conta a agilidade nas transformações de novas tecnologias que vivemos.

Por tal razão, nos parece inconcebível que as comunicações telefônicas a que a lei se refere se restrinjam à comunicação por voz. Esta concepção altamente restrita é sustentada por alguns pois, na ausência de legislação mais atual, as únicas normas que conceituam o assunto foram promulgadas na década de 60. Mais precisamente, a Lei 4.117/1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu artigo 4º, define telefonia como o "processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou sons". Da mesma forma o assunto é apresentado na Convenção Internacional de Telecomunicações, que vigora no Brasil desde 1969, por força do Decreto 64.469, de 05.05.1969.

Nesta linha de raciocínio, Vicente Greco Filho sugere a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da referida lei, pois, segundo o seu entender:

> (...) a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas. Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Não se trata, aqui, de se aventar a possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mas sim de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo (GRECO FILHO, 2005, p.17-18).

Corroborando este entendimento, Ada Pellegrini Grinover aduz que a repetição da palavra "comunicações", antes de telefônicas, no artigo constitucional[17], "indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere" (GRINOVER, 2000, p.101-102).

Com a devida vênia, o signatário e boa parte da doutrina ousam discordar da compreensão apresentada por estes autores.

Conforme visto, o avanço tecnológico das comunicações é inegável e inevitável, o que nos faz concluir que a vontade do legislador constituinte no caso

[17] 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;

de, na época da elaboração do texto, conhecer as novas modalidades, seria de abranger todos os tipos de comunicação interpessoais. Assim sendo, a Lei 9.296/96 bem suprimiu esta lacuna constitucional (BANDEIRA, 2003, p. 32-42).

Em inteligente tese sobre a matéria em comento, Eduardo Luiz Santos Cabette leciona:

> A imagem, escritos, desenhos, dados, podem ser transmitidos com o uso das linhas telefônicas, de modo que o legislador neste ponto foi sábio ao utilizar a expressão "comunicações telefônicas *de qualquer natureza*". Indicou sua atualidade, pois se concebesse a comunicação telefônica como um conceito unívoco, invariável, taxativamente estabelecido como a transmissão da voz via aparelho de telefone, desnecessária seria tal expressão (CABETTE, 2011, p.45).

Sem dúvidas, seria arcaico a redução de comunicação telefônica para tão somente à transmissão por voz. Atualmente, quaisquer tipos de comunicação telefônica estão sujeitas a interceptação, sejam elas sons, imagens, dados, informações; não importando se tal comunicação é feita via *Internet* ou pela via direta, também não pesado se o conteúdo da conversa é íntimo ou não, todas as formas foram recepcionadas pela lei.[18]

Aliás, protestar pela inconstitucionalidade do parágrafo único seria ceder à criminalidade meios de preparar e organizar delitos sem quaisquer riscos de intromissão estatal. Este é o pensamento de Damásio de Jesus:

> Inclinamo-nos pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de 'comunicações telefônicas', não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona 'comunicações telefônicas', estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de 'dados'. É o caso do uso do 'modem'. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, 'digitar' e não 'falar' (JESUS, 1997, p.464-465).

[18] Constatando o assunto, GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. Obra citada, p. 49.

O pensamento de Damásio tem de ser trazido à realidade enfrentada pelos agentes públicos nos dias de hoje. Com o advento da tecnologia, certo seria que a comunicação delituosa se daria por meios em que o Estado estivesse *proibido* de intervir. Sem sombra de dúvidas, retirar este mecanismo estatal só traria prejuízos às investigações e, consequentemente, à sociedade. Aqui retomamos ao ponto em que o direito à intimidade não pode ter dito como absoluto, podendo ser sobreposto pelo interesse público. Nesse raciocínio, ilógico seria aceitar que o legislador constituinte restringiu as quebras de sigilos a dados estritamente sonoros. Por certo temos que, na oportunidade da promulgação da Constituição, a utilização de dados telemáticos e informáticos não era comum mas, enquanto se referia às *comunicações telefônicas*, o legislador constituinte englobou um pensamento de amplo sentido, ou seja, deu permissão ao estado para que pudesse averiguar as entranhas criminosas contrapondo ponderadamente o direito à privacidade individual.

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é apresentado no mesmo sentido. O citado órgão julgador já decidiu que *"o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 autoriza, em sede de persecução criminal e, mediante autorização judicial, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática*"[19]. Sobre possível inconstitucionalidade do dispositivo, o Tribunal não vislumbra qualquer vício passível de contaminar os atos processuais, sendo entendido, também, que não houve violação ao art. 5º, XII, CF/88.

Em voto[20] sobre o assunto, a Ministra do STJ Assuete Magalhães utilizou como um dos argumentos parte de um julgado do Ministro do STF Celso de Mello, na ocasião do julgamento do MS 23.452/RJ, que versavam sobre os direitos individuais em confronto com o interesse público:

> Não há, no sistema constitucional brasileiro, diretos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse publicou exigências derivados do princípio de conivência das liberdades legitima, ainda que excepcionalmente, adoção, por parte dos órgãos estais, de medias restivas das proativas individuais ou coletivas, desde que respeitados termos estabelecidos na própria Construção[21].

---

[19] STJ, HC 3.682/PR, Rel. Ministro Og Fernandes. Sexta Turma, DJe d 04/05/209

[20] STJ, HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014

[21] STF, MS 23.453/RJ, Rel. Minstro CELSO DE MELO, PLENO, DJU de12/0520

Infelizmente, ainda não temos uma posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. A Associação dos Delegados de Polícia – ADEPOL – ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1488[22]), com requerimento de declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96. Acontece que não houve manifestação do órgão sobre o mérito da questão, uma vez que negado o seguimento da ação, por ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente.

Cabe registrar que a ADEPOL requereu, ainda, em sede de liminar, a suspensão da vigência de referido diploma legal. Na oportunidade, ao indeferir o pedido liminar, o relator, Ministro Néri da Silveira, auferiu que não vislumbrava qualquer *"inconveniência ao prosseguir em vigor essa norma legislativa, até o julgamento final da presente ação*"[23].

Dessa forma, bem como pelo entendimento do STJ e da doutrina moderna, pode-se falar que a decisão esperada do Superior Tribunal Federal siga no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça. Sobre o ponto, convém citar o palpite de Ada Pelegrini Grinover:

> (...) é possível que o STF venha adotar uma terceira posição, segundo a qual exceção constitucional ao sigilo abrangeria não apenas as comunicações telefônicas, mas também as de dados: não tano porque o Supremo tem admitido por diversa 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 57, aos 25.03192, ficou expressamente assentado que o art. 5º, XI, da Constituição somente cogita de dois caso 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, firmou o Min. Marco Aurélio, a inviolabilidade é relativa, sendo que sua quebra, prevista pelo art. 38 da Lei 4.59/64, foi recepcionado pela Constituição superveniente. A ser mantido esse entendimento, tudo que se referisse a 'dados' (e não somente à sua comunicação) estaria abrangido pelo inc. XI do art. 5º da CF, e a possibilidade de quebra do sigilo estaria prevista não só par as comunicações telefônicas, mas também quanto à comunicação de dados e a dados 'tou court' (GRINOVER, 2007, p. 2007)

O que se pode extrair do estudado é que, após significativa discussão, a tendência jurisprudencial e doutrinária moderna é de que se considere como prova

[22] STF, ADI 1.48-9/DF, Pleno, Rel. Minstro Néri da Silveira, DJU de 26/11/1999
[23] ADI citada, p. 72.

lícita todas as interceptações auferidas por meios de comunicações, sejam eles telefônicos, telemáticos ou informáticos, desde que, obviamente, sejam respeitados os requisitos apresentados pela lei, que serão ilustrados no próximo título. Isso ocorre porque o próprio instituto de interceptação telefônico foi elaborado como forma de aparelhamento estatal para a investigação e o combate ao crime, cada vez mais desenvolvido e aperfeiçoado. Seria minimamente razoável, então, que a medida evoluísse em consonância com as novas tecnologias que irão surgindo, para que os meios investigativos não se tornem obsoletos em relação ao mundo dos fatos.

Aqui vemos, da mesma forma, que muito embora o legislador constituinte não tenha feito ressalva expressa sobre a interceptação telemática ou informática, necessário se faz estender a este entendimento, uma vez que a vontade legislativa era efetivamente abrir exceções para a inviolabilidade de conversações interpessoais. Novamente é necessário que se sobreponha o interesse coletivo em decorrência de violação aos direitos individuais, quais sejam, a intimidade e a privacidade.

Após um trabalho esmiuçado sobre o limite do objeto da captação trazido pela Lei 9.296/96, bem como qual o recebimento jurídico das medidas que não são disciplinadas nesta lei, necessário que se estude, agora, quais os requisitos para a decretação da medida ali prevista, e em quais casos ela vem sendo aceita, sob pena de, caso não atinja tais requisitos, ser taxada como prova ilícita.

3 OS REQUISITOS DA MEDIDA E A INTERPRETAÇÃO COMO PROVA ILÍCITA

A Lei 9.296/96 estabelece, sem sombra de dúvidas, algumas condições para a decretação das interceptações telefônicas que são regularizadas por ela. Neste capítulo abordaremos tais questões, bem como faremos um panorama com os conceitos de provas ilícitas no processo penal, com o intuito de concluir porque que em alguns casos a medida pode ser considerada ilícita.

3.1 As exigências legislativas e jurídicas para a decretação das interceptações

Trataremos primeiramente as exigências explícitas da legislação em comento. Certo é que são indispensáveis para a determinação da cautelar, além dos requisitos constitucionais, aqueles que também são enumerados pela legislação ordinária. Para se concluir sobre a ilicitude de uma prova, antes de mais nada, temos de comentar por quais razões as limitações às interceptações são dadas e quais o alcance e a relevância das delimitações.

As primeiras prescrições são elaboradas pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, *in verbis*: "*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*". Ou seja, a Carta Magna, além de prever que legislação específica regulará a questão, estabelece como preceito primário a ordem judicial. Por tal motivo, forçoso reconhecer que, via de regra, a decisão de juiz competente é o principal requisito para se termos a interceptação como prova licita.

Outrossim, a Lei 9.926/96, responsável por estabelecer as hipóteses da medida, traz em seu artigo 2º:

> *A*rt. 2° 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.

De pronto, o precursor comentário que se pode fazer à disposição legal citada é uma crítica à redação negativa apresentada. Quando aborda as hipóteses em que a interceptação *não* será admitida, a norma faz parecer que a regra seria a admissão da interceptação e a sua vedação seria, portanto, a exceção.

Para Vicente Greco Filho, o artigo é duplamente lamentável. Primeiro, porque a redação negativa sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e, segundo, porque pode dar a entender que a interceptação é a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção (GRECO FILHO, 2005, p. 21). A doutrina é praticamente unânime em refutar a opção de redação escolhida pelo legislador. Para Grinover, a redação é “extremamente infeliz” (GRINOVER, 2000, p. 106).

Para facilitar a compreensão textual, válido adotar uma leitura afirmativa da norma em questão. Portanto, será admitida a interceptação telefônica houver indícios razoáveis de autoria em participação penal, não se puder fazer provas por outro meio e o fato investigado for punido com pena de reclusão.

Realizada tal crítica à formulação utilizada pelo legislador, oportuno referir que os três requisitos dos incisos do artigo 2º são cumulativos, ou seja, para a licitude da medida, é necessário que todos eles estejam presentes. Isto se faz pois, uma vez que especificados pela lei, tratam-se de pressupostos mínimos de garantia (GOMES; MACIEL, 2013, p. 93).

Aprofundaremos agora as determinações listadas por este diploma legal, estudando qual a abordagem prática para se descobrir a licitude da interceptação realizada.

3.1.1 ‘Fumus Comissi Delicti’

O inciso I elenca como primeiro requisito os indícios razoáveis de autoria ou participação. Como a legislação tratou de indicar indícios *razoáveis* de autoria, o entendimento jurídico é de que a contribuição para o crime seja provável. Nesse sentido, a necessidade vai além de mera suspeita, isto é, tem de ser ter mais do que a simples possibilidade de autoria ou participação (GOMES; MACIEL, 2013, p.94). Há que se ter uma convicção do envolvimento delituoso, por mais que não se tenha um juízo de certeza.

Aqui está presente o *fumus boni iuris*, reconhecido pelo direito em geral como *sinal de bom direito*, e trazido para o processo penal como *fumus comissi delicti*, ou seja, provas reveladoras de um cometimento de um delito[24]. A primeira exigência que o *fumus comissi delicti* exige é a probabilidade de autoria ou participação numa infração penal e, em segundo, logicamente, a probabilidade de existência de uma infração penal. Podemos dizer que a primeira é voltada ao delinquente; a segunda, à infração propriamente dita (ao crime), ou seja, à materialidade delituosa[25].

Portanto, para a decretação da medida, necessário que se tenha presente uma conjuntura de fatores que indiquem a prática da infração penal e, ainda, a convicção de veementes suspeitas sobre um sujeito ativo do delito. Temos presente que o juiz, ao proferir sua decisão, deve fundamentá-la, seja para legitimar a sua autuação, seja para casual impugnação da parte descontente. Por isso não é aceita a mera demonstração dos indícios de autoria ou materialidade, devendo o julgador evidenciá-los com clareza (GOMES; MACIEL, 2013, p.95).

---

[24] Aury Lopes Junior critica a transferência do termo ‘*fumus boni iuris’* do processo civil para o processo penal pois, segundo este, é impróprio usar a expressão na área criminal. O autor questiona: "*Como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese"*. E prossegue com o raciocínio afirmando que não é requisito cautelar do processo penal "*a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível*". Aqui surge a proposta de utilizar o termo "*fumus comissi delicti*" como mais apropriado, uma vez que indica a probabilidade da ocorrência de um delito, ao reverso de uma fumaça do bom direito. (*LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13 – 14*.). A conclusão que se chega é que para o processo penal, a cautela se encontra na ocorrência do delito, no caso do processo civil, o fundamento se acha na existência de um direito.

[25] Segue esse raciocínio FERNANDES, Antônio Scarance. A Lei de Interceptação Telefônica. In: Penteado, Jaques de Camargo (coord.). Justiça Penal, 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 55.

Válido ressalvar, também, que é lícita a interceptação de indivíduo que detém qualquer cooperação delituosa. Isso porque o dispositivo menciona indícios razoáveis de *autoria* ou *participação*. Como se sabe, a autoria está ligada à execução do comportamento criminoso, enquanto a participação se constitui em qualquer contribuição para a realização do crime, desde que não incidente na sua prática direta (DELMANTO, 1996, p.54). Por isso, forçoso reconhecer que qualquer contribuidor para a infração penal pode ser objeto de interceptação telefônica.

Divergência doutrinária aparece quando se questiona se, para a concretização dos indícios razoáveis de autoria ou participação, há a imprescindibilidade da existência de uma investigação ou processo criminal já em andamento. Para Antonio Scarance Fernandes, existe a necessidade de uma prévia investigação instaurada, pois é aí que os elementos de convicção deverão ser obtidos, ficando excluída a possibilidade de interceptação para iniciar a investigação (FERNANDES, 1996). Em sentido contrário estão Damásio de Jesus (1997) e Luiz Flávio Gomes (2013, p. 94), que entendem não ser preciso inquérito policial ou ação penal em andamento, bastando a existência de notícias fundadas sobre um delito.

Esta segunda corrente nos parece correta pois, em alguns casos, por mais que não se tenha a instauração de inquérito, a autoridade policial já detém indícios suficientes, que chegam com a *notitia criminis*. Assim sendo, a interceptação pode ser o primeiro ato investigatório, o que não dispensa, frisa-se, a existência de indícios prévios e suficientes à decretação da medida.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou. No julgamento do HC 193.562/PR[26], a Ministra Laurita Vaz entendeu que é possível a autorização da interceptação telefônica após uma denúncia inicial que, no caso, foi anônima. A única exigência feita pelo Tribunal é que a autoridade policial proceda às mínimas diligências investigatórias para averiguar a veracidade dos fatos, o que não significa, obrigatoriamente, que seja necessário para tanto a abertura de inquérito policial.

E idêntica é a orientação do Supremo Tribunal Federal. Para o Pretório Excelsior, mesmo que o início das investigações se dê por denúncias anônimas, o fato de a autoridade policial promover diligências para analisar o que se foi noticiado

[26] HC 193.562/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012.

é suficiente para que se dê início ao inquérito policial e, outrossim, para legitimar as interceptações telefônicas[27].

Certamente, o que é vedado pelo ordenamento jurídico é a denominada interceptação de prospecção. Esta ocorre quando se executa uma interceptação para se descobrir se algum determinado indivíduo está ligado a algum possível crime. Este tipo não é aceito pois, como vimos, a interceptação é pós-delitual, ou seja, só depois da ocorrência é possível determinar a medida cautelar, não sendo possível uma interceptação preventiva, ou seja, pré-delitual (GOMES; MACIEL, 2013, p. 95).

3.1.2 'Periculum in Libertatis'

O segundo requisito da interceptação é a indispensabilidade da mesma. Isto porque o inciso II do artigo 2º diz que só poderá ser aceita a medida se não houverem outros meios disponíveis para produzir a prova.

Além de o Estado não possuir outra forma de produção probatória, devemos ligar o inciso ao *caput* do artigo 4º, que diz ser necessária "*demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal*"[28]. Os dispositivos refletem um risco probatório pois, no caso de haver demora na apuração da infração, existirá a probabilidade da perda de uma prova, isto é, trata-se de um risco de uma ofensa a um interesse ou a um direito. O perigo na demora está ligado à excepcionalidade da medida, em conjuntura com um fundamento de absoluta necessidade (VACONCELOS; MAGNO, 2011, p.27). Dessa forma, aqui

---

[27] *"HABEAS CORPUS. "DENÚCIA ANÔIMA" SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICAL. INTERCEPTAÇÕES TELFÔNICAS EAÇÕES PENAIS NÃO DECORENTES DE "DENÚCIA ANÔIMA". LICTUDE DA PROVA COLHIDA EDAS AÇÕES PENAIS INCIADS. ORDEM DENGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada "denúncia anônima", desde que esta seja seguida de diligências realizadas par averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Elen Gracie, DJe de 2.08208; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe d26.03201; eHC 95.24, rel. min. Dias Tofli, DJe de 30.4201).* ***No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada "notícia anônima", mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial****.[...] Ordem denegada."* (HC 9.490/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe d31/0201.)

[28] "Art. 4° 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."

vislumbramos o *periculum in mora*, denominado no processo penal de *periculum in lebertatis*[29].

Surge aqui a questão sobre o que seria a impossibilidade de se fazer provas por outro meio. Na lição de João Roberto Parizzato:

> (...) se a mesma prova que se pretende produzir com a interceptação de comunicações telefônicas puder se realizar através da oitiva de testemunhas, busca e apreensão de documentos, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos ou de pessoas, através de perícias, enfim, qualquer outro meio de convicção, ou seja, de prova da autoria ou participação de determinada pessoa em alguma infração penal, a interpretação será indeferida, porque a mesma deve-se reservar tão somente a casos excepcionais, de extrema necessidade (PARIZATTO, 1996, p.21)

Nesta seara, a interceptação telefônica é tida como *ultima ratio*, não sendo possível sua utilização como *prima ratio*, pois devem estar esgotados os meios de provas. Evidente, claro, que se não se tem qualquer outro modo para se buscar elementos investigativos, por certo a interceptação telefônica será prima face. Há de ser feita uma análise anterior ao deferimento da medida, para que se cuide se não existe a possibilidade de obtenção probatória por outros meios, desde que os resultados da utilização destes meios sejam os mesmos esperados com a utilização da interceptação (CABETTE, 2011, p. 89).

Isto significa, pelo menos em teoria, que seria indispensável a demonstração, pela autoridade policial ou pelo membro do Ministério Público, que não há outra saída para a produção de prova se não a interceptação e, ainda, que sem esta medida se tem o risco da perda da prova. Nulas são as interceptações quando ausente fundamentação acerca da inviabilidade de apuração dos fatos por outro

---

[29] Da mesma forma que critica a utilização do termo fumus boni iuris no processo penal, Aury Lopes Junior acha também inapropriado o uso da expressão periculum im mora, sob o argumento de que no processo penal não há preocupação com a passagem do tempo e o prejuízo para os interesses em lide, objeto do instituto na área cível. No processo penal o periculum estaria ligado à conduta do imputado com risco de fuga ou, como é o caso da interceptação telefônica, o prejuízo na colheita da prova. Segundo o autor, "o perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto". O risco no bojo do Processo Criminal estaria ligado à liberdade do investigado ou do meio de prova utilizado, de modo que seria mais enquadrada o uso do termo "periculum libertatis". (*LOPES JUNIOR, Aury. Obra citada, p. 14-15*)

meio de provas menos invasivos (WEINMANN, 2010, p. 90). Nas palavras de Lenio Luiz Streck:

> Aliás, se, pelo inciso II do art. 2º não se admite interceptação quando 'a prova puder ser feita por outros meios disponíveis', fica claro que o uso da escuta somente poderá ser deferido *por exceção absoluta*, é dizer, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração. Disso se deduz, sistematicamente, que a interpretação da palavra 'necessária' deve ser *restritiva*, para que não ocorra o que Zaffaroni chama de 'generosidade' nas autorizações judiciais de escuta (STRECK, 2001, p.53-54).

Certo é que este requisito, na prática, é um dos mais violados dentre os três apresentados no artigo 2º. Isto se dá, por óbvio, pela conveniência e facilitação da investigação por meio das interceptações telefônicas. É ampla a crítica da utilização da lógica de menor esforço pela polícia, muitas vezes lastrada pelos juízes, que autorizam interceptações telefônicas desmedidas. Tal prática ganhou, inclusive, o apelido de 'investigação sentada'[30].

Forçoso reconhecer, portanto, a indispensabilidade de um controle mais efetivo feito pelos Tribunais Superiores sobre a matéria. O STJ já vem entendendo como ilegal a interceptação autorizada por decisão que desconsiderou os requisitos previstos. No julgamento do HC 128.087/SP, o relator, Ministro Jorge Mussi, aludiu:

> Segundo o entendimento da Turma, trata-se de medida açodada, pois se provou que indícios de autoria poderiam ser colhidos com o depoimento dos sócios da empresa investigada, ato por diversas vezes postergado pela própria autoridade policial e realizado apenas após a autorização de interceptação telefônica objurgada, circunstância que evidencia a preterição, pelo juiz, dos requisitos indisponíveis para o abrandamento do sigilo das comunicações telefônicas (STJ, HC 128.087/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 27/10/2009, QUINTA TURMA. p. 9-10),

---

[30] O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do GECEP – Grupo de Autuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial – publicou um relatório de 18 páginas no qual utiliza a expressão 'investigação sentada' e tece duras críticas à banalização do uso de interceptações telefônicas pela polícia. No documento, os membros do MP alertam para a "situação de extremo risco" que está se criando. Ainda, referem que há muito a polícia deixou de 'ir à rua' para investigar, pois o fazem a utilização de uso de grampos "*sem a observância dos controles prévios rígidos, alimentando a lei do menor esforço e tem sido aplicado antes de se esgotarem ou de se aplicarem concomitância os regulares, como a investigação propriamente dita"*. Por fim, os promotores afirmam que tal prática "*enfeixa em mãos de agentes públicos poderes excepcionais"*. A íntegra do documento pode ser acessada através da *internet*, pelo sítio *http://s.conjur.com.br/dl/gecep.pdf*.

Conforme se infere do julgado, os magistrados têm de atender os requisitos previstos na lei, com o intuito de respeitar as garantias constitucionais previstas sobre a inviolabilidade das comunicações. Neste contexto, o judiciário serve para resguardar direitos fundamentais da máquina estatal punitivista, devendo aceitar as interceptações somente se obedecidos estritamente os casos elencados pela legislação.

Situação diversa ocorre no caso de que, após a decretação da medida, descobre-se que existiram, no momento da aceitação do pedido, outros meios de colher a mesma prova que foi colhida mediante a interceptação. Acontece que, como era desconhecido pelos órgãos investigatórios que a colheita probatória poderia ocorrer por outro meio, não há falar em ilicitude da interceptação, a menos que se demonstre a má-fé de quem pediu a medida.

Isso porque não pode o investigador eximir-se de seu trabalho para usar do meio de prova da interceptação por conveniência. Conforme já trabalhado, a interceptação tem de ser *ultima ratio*, só sendo autorizada quando não se vislumbrar outros meios de se adquirir a prova. Sobre o ponto, ilustra muito bem Grinover:

> Dúvidas poderão surgir, na práxis judiciária, quando a interceptação tiver sido ordenada por considera-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio disponível de colheita de prova, demonstrando-se, após, que outros existiam. Penso que nesse caso a prova obtida pela interceptação não poderá ser considerada ilícita por configurar o disposto no inciso II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova: se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios (GRINOVER, 1997).

Por óbvio, nem os órgãos investigadores, tampouco o juiz, poderão prever o futuro para adivinharem que existirá possibilidade investigativa diversa para colher as mesmas provas. Cumpre ao magistrado, na ocasião de análise do caso, verificar se outros meios de provas estariam disponíveis para a colheita probatória. Se o investigador oculta a possibilidade de outros meios de provas, tal atitude contamina a prova colhida pela interceptação, tornando-a ilícita (FERNANDES, 1997, p. 56).

Tudo dependerá da evidenciação da má-fé por parte de quem requereu a interceptação telefônica.

3.1.3 Crime punido com pena de reclusão

Por fim, o último dos requisitos do artigo 2º é o de que o crime investigado seja punido com pena de reclusão[31]. A colocação do legislador nesse sentido é passível de muita crítica doutrinária, pela necessidade que se tem de ponderar os interesses jurídicos envolvidos na medida, conforme se verá.

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos crimes previstos com pena de reclusão é muito ampla, pois há a necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos. É inadmissível que se sacrifique o bem jurídico de grandeza do sigilo das comunicações telefônicas para se investigar crimes nos quais não estejam envolvidos bem jurídicos de maior valor (GRECO FILHO, 2005, p.22-23).

Nesse sentido, o aceitável é que se permita a interceptação telefônica em casos de extrema gravidade. Na visão de Nelson Nery Junior, a medida deveria ser abarcada pelos casos em que a própria Constituição classificou como graves. Na lição do autor:

> (...)primeiro, o legislador foi além, elegendo os crimes apenados com reclusão como autorizadores de escuta telefônica por ordem judicial; segundo, foi aquém, quando deixou de contemplar os crimes de ameaça e contra a honra, quando cometidos por meio telefônico, ou as contravenções penais mais fortemente recriminadas pela sociedade, como é o caso do jogo do bicho. Talvez fosse o caso de também se pensar, *de lege ferenda*, na possibilidade de determinar-se, por ordem judicial, escuta telefônica nesses casos (NERY JUNIOR, 1996, p.35).

[31] A redação do artigo diz que "*não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...): o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção"*. Em uma interpretação contrário *sensu*, temos que será admitida a medida quando a infração penal investigada ultrapassar os limites da pena de detenção. Como se sabe, a única pena mais grave que a detenção é a pena de reclusão, ao passo que não são abarcados pela medida, também, as contravenções penais, que tem pena cominada de prisão simples.

É unanime na doutrina a crítica contra a forma que foi dada essa exigência da legislação. Para Streck, em face da limitação constitucional da inviolabilidade das comunicações, não se justifica a invasão da privacidade por pequenos delitos pois, ao fazer uma analogia, o autor afirma que o remédio não pode ser mais drástico do que a doença que se pretenda combater (STRECK, 2001, p. 56).

Alguns autores ainda sustentam que o ideal seria a previsão legal casuística e taxativa dos casos em que a medida seria admitida[32]. Tal disposição seria simples de ser feita pois a própria Constituição destaca crimes com maior danosidade social, tais como os hediondos, a tortura, o tráfico de drogas, o racismo e etc. Oportunamente, também, poderia se levar em consideração infrações menos graves mas que comportam as interceptações, como os crimes de ameaça e o jogo do bicho. Tal solução, infelizmente, requer uma iniciativa legislativa e, por isso, não serve para solucionar o tema atualmente.

Na conjuntura atual, a solução proposta seria que o juiz ponderasse, no caso concreto, os valores em jogo. Seria extremamente difícil, se não impossível, estabelecer previamente quais são as situações graves em que a interceptação pode se sobrepor ao direito constitucionalmente protegido. Se entende ser legítima e constitucionalmente sustentável a interceptação se, além da cominação em abstrato da pena de reclusão, o caso concreto seja substancialmente grave (GRECO FILHO, 2005, p.23).

Aqui se vê claramente a utilização do princípio da proporcionalidade, tema que será abordado oportunamente, de grande valia para a medida de interceptação telefônica. Consiste, em síntese, em contrapesar os valores legalmente protegidos com o interesse público, fazendo a ponderação jurídica necessária caso a caso.

Existe alguns ainda que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo. Grinover afirma que os sistemas constitucionais modernos adotam o princípio da proporcionalidade, “segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados” (GRINOVER, 1997).

---

[32] Neste sentido, CABETTE, Eduardo Luiz Santos (obra citada, p. 91). Ao seu turno, GOMES, Luiz Flávio (obra citada, p. 106), explica que o corriqueiro no direito estrangeiro é um elenco de crimes que comportam interceptação. Cita como exemplos a legislação aplicada na Suíça, Dinamarca, Suécia, entre outros.

Em sentido contrário, Greco Filho entende constitucionalmente sustentável tal interpretação, desde que, além desta cominação abstrata da pena de reclusão, *"a situação concreta seja especialmente grave*" (GRECO FILHO, 2005, p.23). Para ele, a aplicação da norma que pode ser inconstitucional, na hipótese de violar a proporcionalidade.

A verdade é apenas que a lei indicou o limite mínimo, devendo o julgador, no caso concreto, adequar a interpretação aos limites constitucionais. Streck (2001, p. 63) propõe a declaração de *nulidade parcial sem redução do texto*. Isso ocorre quando a norma, no seu conjunto, não deve ser aplicada a certa ocasião, a depender do caso concreto. Para Gilmar Mendes, esta técnica *"além de mostra-se tecnicamente adequada para certas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressa na parte dispositiva da decisão*" (MENDES, 1998, p.275). Assim nos parece a decisão mais adequada, tomando tal preceito da lei apenas como ponto mínimo de partido, devendo o julgador sobrepesar o caso concreto.

Os Tribunais Superiores tratam, sempre que possível, de controlar o previsto expressamente na legislação.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a causa reiterou a importância de se obedecer o disposto na lei. Nas palavras do Ministro Relator Nelson Jobin[33], "*não é possível que crime punível, no máximo, com detenção sirva de justificativa par autorização da interceptação*". O julgador ainda explica a razão para ser adstrito ao previsto na norma, referindo que a interceptação só poderá ser permitida em crimes graves, que, no Brasil, são punidos com pena de reclusão, pois assim se tenta "evitar a banalização do procedimento de interceptação telefônica com o início da diligência pautado na apuração de crime com menor gravidade".

O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, tem como ilícita a prova obtida por interceptação deferida para crime investigado cuja pena é exclusivamente de detenção. Em caso[34] em que houve a interceptação decretada exclusivamente em investigação de crime com pena punitiva de detenção, o Ministro Humberto Martins declarou a nulidade das interceptações telefônicas, inclusive as suas prorrogações, determinando a exclusão de todo material gravado nos autos. Determinou, ainda,

---

[33] STF - HC: 83515 RS , Relator: Nelson Jobim, Data de Julgamento: 16/09/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005.

[34] HC 186.118/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 29/10/2014

que o juiz de primeiro grau verificasse se as demais provas produzidas estavam ou não contaminadas. Tal fenômeno é conhecido como “teoria dos frutos da árvore envenenada”, instituto é muito utilizado em decorrência de interceptações telefônicas tidas como ilícitas.

Claro que, no caso de haver uma investigação de delitos coligados, em que alguns detém penas de reclusão e outros de detenção, a medida de interceptação telefônica, uma vez alcançados os demais requisitos, é lícita. Segundo o STF, caso não se aceitasse tal evento, “levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção”[35].

Situação diversa se dá quando, no decorrer da interceptação de um crime de reclusão, se depara com a prática de outro crime autônomo, com pena prevista de detenção. Este caso será estudado oportunamente, quando abordamos o tema de serendipidade.

3.2 Provas ilícitas e provas ilegais

Por certo, uma vez que os requisitos supra apresentados são taxativos e claramente expostos na Constituição e na Lei 9.296/96, temos que, por via de regra, tratam-se de pressupostos legais absolutamente necessários para a realização das interceptações telefônicas. Diante disso, temos que o descumprimento destes preceitos legais torna a prova obtida pela medida de interceptação inválida. Por esse motivo, convém agora trabalhar razoavelmente o instituto das provas ilícitas e ilegais no processo penal, voltando o estudo para a medida de interceptação telefônica e a sua classificação enquanto prova inválida.

O tema é tratado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal (doravante, CPP) que, infelizmente, não trazem a distinção entre prova ilícita e prova ilegal, que é conceito de criação doutrinária. O artigo 5º, em seu inciso LVI, refere que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Apesar da Carta Magna não especificar quais seriam essas provas ilícitas, o CPP nos revela,

[35] STF - HC: 83515 RS, citado.

em seu artigo 157, que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. O que se pode extrair dos postulados legais é que as provas obtidas por violação as normas constitucionais ou legais são consideradas ilícitas, sem qualquer distinção, devendo, por serem inadmissíveis, serem desentranhadas do processo.

Já o entendimento doutrinário prefere fazer uma divisão nas provas que não são admitidas no processo penal: de um lado, as *provas ilícitas*, que violariam normas de direito material; doutro lado, as *provas ilegais*, que ferem normas de direito processual.

Luiz Francisco Avolio aborda com maestria esse ponto. Para o autor, a prova ilegítima, por ir contra normas processuais penais, pode ser identificada nos próprios dispositivos da lei processual, pois estes contêm regras de exclusão probatória, como é o caso da proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional ou a recusa de depor por parte de parentes. Assim, a punição para o descumprimento destas normas está dentro da própria lei processual, podendo tudo se resolver dentro do processo. Aplica-se a sanção correspondente às transgressões das diversas modalidades de produção de provas previstas na legislação processual, podendo tal sanção ser, inclusive, de nulidade (AVOLIO, 2010, p. 51).

E prossegue o autor, referindo que as provas ilícitas, colhidas com infração a normas ou princípios de direito material, são majoritariamente afrontas ao direito constitucional, uma vez que a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, pois ali estão assegurados os direitos à intimidade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Uma vez afrontada a garantia constitucional, por óbvio também se afronta uma norma infraconstitucional, seja de direito penal, civil, administrativo, etc. Por isso que se diz que, ao se produzir essas provas ilícitas, existe também no próprio direito material uma sanção própria, que vai além do desentranhamento processual. É o caso, por exemplo, de uma prova obtida sobre tortura ou da violação de um sigilo de correspondência.[36]

Outra distinção que se pode chegar decorre do momento da transgressão da norma. Na prova ilegítima temos o acontecimento ocorrendo na produção da prova,

[36] Idem, ibidem.

no decorrer do processo, interno a este, já na prova ilícita a violação ocorre no momento da colheita da prova, anterior ou ao mesmo tempo do processo, mas sempre externo a este (GRINOVER, 1982).

Diante dessa classificação, nos parece claro que a medida de interceptação telefônica que não atende os requisitos legais tem de ser classificada como prova ilícita. Isso porque, conforme já trabalhado, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, estabelece ser inviolável o sigilo da comunicação telefônica, salvo por ordem judicial e nas hipóteses que a lei estabelecer. Como temos uma afronta a um direito material, propriamente constitucional, resta óbvio que a interceptação telefônica inválida tem de ser doutrinariamente classificada como prova ilícita, devendo ser desentranhada do processo.

E como foi anteriormente exemplificado, pela lição de Avolio, por se tratar de prova ilícita temos que existe no próprio direito material uma sanção para a produção ilegítima da interceptação telefônica. É essa a disposição do artigo 10 da Lei 9.296/96: “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”. A lei ainda comina pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa, para o crime apresentando. Evidente, portanto, que o descumprimento das condições trazidas pela referida lei acarreta em produção de prova ilícita.

Importante salientar que, no caso da interceptação, a vedação não irá ocorrer quanto ao meio de prova escolhido, mas sim sobre os resultados desse meio. Na lição de Eugênio Pacelli:

> Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação *ao meio escolhido*, mas também em relação aos *resultados* que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. 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) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores (PACELLI, 2013, p.344).

Portanto, Pacelli conclui que, mesmo não havendo vedação expressa quanto ao meio, será necessário indagar ainda se os resultados, como foram obtidos,

configuram ou não violação de direitos[37]. Nesse sentido deverá ser a análise da licitude feita sobre a interceptação telefônica enquanto meio de prova.

É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A Corte vem entendendo que a gravação telefônica sem ciência do interlocutor é reputada como prova ilícita, por violar a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas. O registro só é admitido como prova se, para sua realização, houver autorização judicial, conforme disciplina a Lei 9.296/96. Dessa ilicitude de gravações decorre imediatamente – e não por contaminação – a ilicitude do relatório escrito, ou seja, as degravações das conversas telefêonicas.[38]

O Pretório Excelsior, como já visto, entende que essas gravações só serão admitidas como lícitas se utilizadas na defesa do direito do autor ou partícipe da gravação, em especial se vítima ou destinatária de proposta criminal do outro. [39]

3.3 O princípio da proporcionalidade

A par dessas considerações sobre os requisitos da interceptação telefônica, as delimitações da abrangência da Lei e a conceituação de prova ilícita, cumpre agora saber qual o critério utilizado para que se possa legitimar uma captação de comunicação telefônica inicialmente concebida como ilícita.

Neste diapasão, utiliza-se do princípio da proporcionalidade para sobrepesar valores e decidir se é possível a utilização da prova que não obedeceu rigorosamente os critérios legais para sua obtenção.

O princípio da proporcionalidade advém do direito administrativo alemão, quando Von Berg, em 1802, utilizou o termo ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em contraponto ao intitulado, na época, “poder de polícia”. O autor utilizou a “proposição de validade geral” para sustentar a vedação da força policial de ir além do que for necessário e exigível para a obtenção de sua finalidade. O conceito foi abrangido para as demais funções estatais, chegando até mesmo ao

---

[37] Idem, ibidem.

[38] HC 80949, Relato Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001, p. 22 – 29.

[39] HC 80949, Relato Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001, p. 22.

judiciário, a quem é vedada a aplicação arbitrária da lei (GUERRA FILHO, 1989, p. 72).

O conceito sobre teoria da proporcionalidade, portanto, corresponde a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Neste sentido, para que o Estado, em sua atividade fim, atenda aos interesses da maioria e respeito os direitos individuais fundamentais, necessário é de que, além das normas para pautar essa atividade, que se reconheça e, em alguns casos, se abra mão de um princípio regulativo que pondere até que ponto se vai dar preferência ao todo ou as partes, o que também não pode passar de um certo limite, para que não se retire o mínimo necessário a uma digna vida humana.[40]

No Brasil, tal princípio é também inicialmente recebido pelo direito administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a proporcionalidade detém a ideia de que as “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas” (MELLO, 1991, p.66).

O princípio da proporcionalidade intermedia o relacionamento das matérias mais relevantes a serem disciplinadas em uma Constituição, quais sejam, as referentes aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Por esse motivo, se aceita que a sua aplicação seja feita nos mais variados ramos do direito (AVOLIO, 2010, p. 71).

Para Guerra Filho, a proporcionalidade pode ser considerada como constitutiva e, portanto, imanente a setores inteiros do direito. O autor cita como exemplo o Direito Penal, uma vez que toda pena fere direitos individuais e isso só se justifica para atender reclamos de bem-estar da sociedade (GUERRA FILHO, 1989, p. 81).

Por esse motivo, é permitido também que se faça a utilização deste princípio no processo penal. Isso se dá até pela própria relação de direito material e de direito processual, uma vez que tal relação pode ser concedida como “meio-fim”, o que traz a ínsita marca da proporcionalidade. Isso significa que o excesso de formalismo no

[40] Idem, p. 71 e 74.

processo poderia inviabilizar a aplicação do direito material, motivo pelo qual faz-se necessária a utilização da proporcionalidade (AVOLIO, 2010, p. 72).

No âmbito da interceptação telefônica, voltamos o estudo da proporcionalidade no sentido de ser uma construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade de provas ilícitas, permitindo que se faça uma escolha, em cada caso em análise, entre os valores constitucionais e direitos fundamentais postos em enfrentamento[41].

Sobre o tema, Lênio Luiz Streck, ao entender que o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade são os critérios norteadores quando da análise de admissão de uma gravação clandestina, refere:

> Do sopesamento entre o interesse público em jogo e o direito à intimidade dos envolvidos e de terceiros, é que exsurgirá a solução acerca da (i)licitude da prova. Ou seja, o Estado somente pode se imiscuir na vida privada do indivíduo na medida em que isso for absolutamente necessário à liberdade e à segurança da sociedade (STRECK, 2001, p.115).

E prossegue o autor, expondo que a fronteira entre a preservação de direitos fundamentais e a preservação de direitos de terceiros ou da coletividade detém uma linha muito tênue, de difícil demarcação. Por isso, sustenta que somente quando a invasão da esfera dos direitos fundamentais se mostrar indispensável é que se poderá utilizar esse tipo de prova que inicialmente era considerada ilícita. Para tanto, não há como decidir sobre o tema sem uma análise do caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade.[42]

O doutrinador então explica que, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é necessário que se adote a teoria relativa, a qual sustenta que o núcleo fundamental somente pode ser delineado de acordo com o exame do caso *sub judice*, através da ponderação de direitos em jogo.[43]

Esse método de ponderação de bens, entretanto, não tem o condão de esvaziar qualquer direito fundamental. Pelo contrário, aliás, é um mecanismo legítimo e indispensável para o bom funcionamento de uma Constituição que se pretenda ser aberta (SARMENTO, 1999, p. 72).

---

[41] Idem, ibidem.
[42] Idem, p. 116.
[43] Idem, ibidem.

De igual sorte é a interpretação jurisprudencial sobre o tema em comento. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a comunicação merece respeito, devendo ser resguardado o direto fundamental à intimidade. No entanto, é sabido que, na ordem constitucional pátria, não existem garantias ou diretos absolutos, que possam ser exercidos a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. No plano concreto, frequentemente nos deparamos com situações de incompatibilidade entre dois ou mais diretos fundamentais, por exemplo, entre os diretos de intimidade e da privacidade e o de segurança. São em casos assim em que se utiliza o princípio da proporcionalidade[44].

Nesse sentindo, o Tribunal entendeu ser inviável proteger ilimitadamente a liberdade individual a ponto de colocar em prejuízo dos interesses da sociedade. A liberdade individual não é o único bem amparado pelos diretos fundamentais, pois algumas medias adotadas em prol da ordem pública, mesmo que restritivas de garantias individuais, tem por objetivo a defesa dos próprios diretos fundamentais dos cidadãos, desde que suficientemente demonstrada a sua necessidade para a preservação de um Estado Democrático[45].

Doutra forma, o Supremo Tribunal Federal é cauteloso a utilizar o princípio. Para o Pretório Excelsior, princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustação da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas de meio ilícito. Assim, este postulado não pode ser invocado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, principalmente quando se acharem expostos, em nítida situação de risco, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.[46]

Dessa forma, temos que o princípio da proporcionalidade deverá ser aplicado cuidadosamente no caso concreto, ponderando sobre os direitos fundamentais envolvidos em cada análise. Poderá se aceitar a captação de comunicação, telefônica ou ambiental, que não atende fielmente os requisitos legais quando estiver em confronto um prejuízo considerável à sociedade no contraponto do direito individual do indivíduo investigado.

---

[44] HC 251.132/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014, p. 5.

[45] Idem, ibidem.

[46] Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, p. 77.

4 CASOS ESPECÍFICOS SOBRE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDEMANTO JURÍDICO

Como visto, a medida de interceptação telefônica para ser lícita, via de regra, tem de atender diversos pressupostos legais. A aceitação da prova como lícita, ausentes tais requisitos, depende da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto.

Acontece que, além dos ditames da Lei 9.296/96, a questão prática muitas vezes nos coloca situações de dúvida sobre a utilização da medida em alguns casos e também como ela deve ser procedida para que se tenha como lícita.

Neste capítulo abordaremos alguns casos específico, corriqueiramente tratados pela doutrina e pela jurisprudência, mas que geram discussão acerca da viabilidade da utilização da medida, bem como a forma como esta é utilizada.

4.1 A captação de conversas telefônicas de advogado

O primeiro caso a ser estudado diz respeito a inadmissibilidade das interceptações telefônicas feitas nas comunicações entre advogados e seus clientes.

A atividade advocatícia é regida pelo sigilo profissional, que é uma forma de se garantir o direito de defesa constitucionalmente resguardado. O artigo 133 da Constituição Federal[47] estabelece ser o advogado indispensável para a administração da justiça. Isto faz com que este profissional detenha um tratamento diferenciado, pela necessidade de lhe conferir garantias que possibilitem o livre exercício das suas funções profissionais (CABETTE, 2011, p. 41).

E, além deste dispositivo constitucional, como bem aponta Alexandre de Moraes, “o sigilo profissional do advogado, no exercício da profissão, é garantia do próprio devido processo legal” (MORAES, 2007, p.57). Isso porque, na conversa com o advogado, o incriminado está exercendo o seu direito de defesa, pois está

[47] *“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”*

recebendo orientações técnicas, que consubstanciam uma parte do constitucional direito de ampla defesa (GOMES, MACIEL, 2013, p. 41). O profissional, aqui, está orientando o cliente quanto à defesa que será utilizada.

Luiz Vicente Cernicchiaro aponta que não se pode interceptar a conversa de qualquer pessoa que procure o advogado para aconselhar-se por ter praticado uma infração penal. Isso porque, para o doutrinador, seria contraditório o Estado obrigar o advogado a guardar o segredo profissional ao mesmo tempo que registra a conversa e dela vale-se para punir o crime. O sistema jurídico não admite essa contradição lógica (CERNICCHIARO, 1996, p. 1)

Neste diapasão, no mesmo sentido é o disciplinado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), ao referir, no seu artigo 7º, ser direito do advogado a “inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”. Portanto, via de regra, é expressa e incondicionalmente vedada a interceptação telefônica contra advogado (CABETTE, 2011, p. 41).

Este dispositivo do Estatuto da OAB teve sua redação dada pela Lei 11.767/08, que buscou resguardar ainda mais o sigilo destes profissionais. Isso se deu, também, por ausência, na Lei 9.296/96, de disposição legal que proibisse a utilização da interceptação telefônica em comunicações de advogados.

Sobre esse ponto, convém transcrever o apontamento de Ada Pellegrini Grinover:

> A lei também é omissa quanto à possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas entre o suspeito ou acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objeto de investigação ou apuração em processo penal. Aqui o sigilo entre advogado e patrocinado deve ser considerado absoluto, inerente que é ao próprio exercício do direito de defesa, não podendo ceder diante do permissivo legal. Mais uma oportunidade perdida para deixar clara uma inevitável consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que o intérprete deverá apontar (GRINOVER, 1997, p.92)

Portanto, por mais que exista essa omissão na Lei 9.296/96, importante apontar para a previsão do Estatuto da OAB, com alteração legislativa em 2008, que

prevê a vedação da interceptação telefônica do advogado. Tal interceptação telefônica seria, então, ilícita.

A exceção para essa regra ocorre quando o advogado também está sendo investigado como autor ou partícipe do crime investigado, conforme previsto no artigo 7º, § 6º, do Estatuto da OAB[48]. Aqui não se fala em violação do sigilo profissional, pois o advogado não está sofrendo a interceptação pelo seu exercício profissional, mas sim como suspeito de uma infração penal (GOMES, MACIEL, 2013, p. 44).

E vem sendo esse o entendimento dos Tribunais Superiores. Para o Pretório Excelsior, a suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão, é uma situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional do sigilo profissional advocatício[49].

Entretanto, pode ocorrer de, em uma interceptação sobre o suspeito de um crime, serem gravadas conversas suas com seu advogado, mesmo que não se tenham sido permitidas tais gravações, pois as interceptações telefônicas se dão pelo número de telefone do investigado, oportunidade em que são gravadas todas as conversas deste número.

Nesses casos, tanto o Supremo Tribunal Federal[50] quanto o Superior Tribunal de Justiça[51] vêm entendendo que não são tidas como ilícitas tais gravações, pois foram gravadas de maneira automáticas. Não cabe, então, uma filtragem das gravações por parte da polícia, o que é até mesmo uma garantia ao cidadão, pois a juntada da integralidade das interceptações retira o arbítrio da polícia em escolher o que será utilizado como prova (este assunto da integralidade das interceptações será trabalhando em subcapítulo oportuno). Dessa forma, em casos como este, cabe ao magistrado eventual exclusão dessas conversas interceptadas, no momento da valoração probatória.

---

[48] *"Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes."*

[49] Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008.

[50] STF, HC 91.867/PA, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 19.09.2012.

[51] STJ, HC 66.368/PA, 5ª Turma, julgamento 05.06.2007.

4.2 A renovação da medida por inúmeras vezes

Outra discussão pertinente a respeito do tema se dá no prazo de extensão da interceptação telefônica. A doutrina é bastante divergente sobre o tema, enquanto a jurisprudência majoritária já vem consolidando entendimento em um sentido.

O artigo 5º da Lei 9.296/96 estabelece que a decisão que autorizar a interceptação telefônica deverá ser fundamentada, indicando 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”. A questão discutida diz respeito a quantas vezes poderá ser renovado esse prazo máximo de quinze dias.

Uma corrente doutrinária minoritária entende que só será permitida a renovação da interceptação por uma única vez. Para estes autores, a norma em comento deve ser interpretada restritivamente, tendo assim prazo máximo de trinta dias (quinze dias iniciais mais quinze dias de renovação) (PITOMBO, 1996, p. 8).

Para estes doutrinadores, considerar a possibilidade de indeterminadas renovações seria, em realidade, conceder uma “carta branca” ao juiz para uma intromissão na esfera privada de comunicações telefônicas de forma contínua, sobre o prisma da investigação criminal (CABETTE, 2011, p. 132).

Em sentido contrário, na hipótese me que se filiam a maior parte dos doutrinadores, a interceptação poderia ser renovada inúmeras vezes, inexistindo prazo máximo, desde que as decisões sejam devidamente fundamentadas para tanto.

Para Vicente Greco Filho (2005, p. 51), a lei não estipulou limite de número de prorrogações possíveis da medida, o que se faz entender, dessa forma, que serão renováveis tantas vezes quanto necessárias à investigação, até porque o prazo de trinta dias pode ser muito exíguo.

E esse pensamento é ainda mais trabalhado por Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 243), ao referir que, desde que presentes os pressupostos que autorizaram a concessão inicial da medida, esta poderá ser renovada perante o juiz, em períodos iguais e sucessivos, indeterminadamente. E prossegue o doutrinador, afirmando não ser o prazo o importante, mas a delimitação correta da finalidade da interceptação. O autor ainda cita como exemplo de investigação que necessitaria

diversas prorrogações o próprio tráfico de drogas, que envolve operações sucessivas, até que se descubra o ‘cartel’.

E esse é também o raciocínio de José Paulo Baltazar Junior (2011, p. 648), que não vê sentido em limitar de forma tão rígida no tempo a utilização de um meio investigativo utilizado especialmente para apuração de crimes que se prolongam no tempo, muitas vezes elaborados de forma profissional.

Nesta corrente ainda se filiam tradicionais e importantes doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 110), Antonio Scarance Fernandes (1996, p. 59), Damásio de Jesus (1997) e Paulo Rangel (1999, p.110).

E já é consolidada na jurisprudência o entendimento de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas diversas vezes, desde que devidamente fundamentado pelo magistrado competente a necessidade destas renovações para o prosseguimento das investigações[52].

E, como bem justificou o Ministro Joaquim Barbosa, em julgado que discutia o assunto em questão, tem-se que:

> A questão há de ser examinada pelo ângulo da razoabilidade. Uma autorização judicial com o restrito prazo de 30 dias (na hipótese de se admitir uma única renovação) não teria efetividade alguma em nosso país. Em primeiro lugar, porque existe todo um trâmite a ser superado a fim de que a decisão jurisdicional seja cumprida a contento. Além disso, há de se considerar que as interceptações telefônicas foram autorizadas para investigação de organização criminosa extremamente complexa (STF, HC 84301, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/11/2004. p. 178).

Porém, há de se ter cautela em prorrogações diversas. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento histórico[53], referiu que seria renovável a interceptação uma única vez, pois o legislador, no artigo 5º da Lei 9.296, utilizou a expressão no singular “renovável”, o que significa não serem possíveis sucessivas renovações. Ademais, utilizando-se também do princípio da razoabilidade (e da

---

[52] STF, HC 119770, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014. No mesmo sentido: STJ, RHC 38.063/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 12/11/2014.

[53] STJ, HC 76.686/PR, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 10/11/2008.

proporcionalidade), classificaram como ilícitas escutas permitidas pelo prazo de quase dois anos, por terem essas sido prorrogadas sem razoável justificativa.

O que podemos observar é que esse foi um caso de exceção, em que as provas foram consideradas ilícitas principalmente por terem sido prorrogáveis sem justificativa plausível. Os Tribunais Superiores, hoje, têm entendimento pacificado em aceitar sucessivas prorrogações, se assim se fizer necessário para o deslinde investigatório.

Como bem pondera Luiz Flávio Gomes (2013, p. 168), resumindo como deve ser tratado o tema, nos deparamos com um retorno à proporcionalidade. As renovações sucessivas somente poderão ser tidas como lícitas quando houver justificativa exaustiva, em cada renovação, especificamente, e a medida for indispensável. O excesso desse prazo não pode ofender a razoabilidade, sob pena da medida se tornar uma interceptação por prospecção, ou seja, uma interceptação destinada a averiguar se o indivíduo está praticando algum delito, quando na verdade a medida é idealizada para investigação de delitos que já ocorreram.

4.3 A ilicitude da falta de transcrição completa das captações

Outra discussão que se dá diz respeito ao modo como são feitas as degravações das conversas telefônicas captadas pelas interceptações. O artigo 6º da Lei 9296 prevê que, quando possível, é necessário que se faça a gravação e a transcrição da conversa interceptada[54]. Cabe salientar que, caso seja impossível realizar a gravação da conversa interceptada, por delimitação técnica, não se fará esta necessária. Os doutrinadores entendem que o meio de prova real é o documental, ou seja, a transcrição, pois é ele que fixa a prova em juízo, e não a gravação da conversa em si (GRINOVER, 1982).

---

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

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

§ 2° 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."

A doutrina também aponta como correto o dispositivo legal, pois, do contrário, não haveria a autenticidade e veracidade do conteúdo interceptado. A falta desta transcrição completa daria margem para omissões ou distorções, que poderiam tanto ser usadas em prol da acusação como em prol da defesa do acusado (AVOLIO, 2010, p. 247).

Em contrapartida, temos que, por óbvio, muitas das conversas gravadas não terão relação com a investigação que se estende e, portanto, devem ser desentranhadas do processo e destruídas, o que é necessário inclusive para a preservação do direito à intimidade, que deve ser quebrado de maneira proporcional, com a utilização de tão somente as provas necessárias (GOMES, MACIEL, 2013, p. 172).

Neste contexto da destruição das provas inúteis à persecução penal que surge o disposto no artigo 9 da referida legislação, estipulando que “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”.

Ou seja, fica claro que as comunicações sem nenhuma relevância para a obtenção da prova desejada deverão, em discussão judicialiazada, serem inutilizadas, desde que devidamente ordenadas pelo magistrado.

Esse procedimento faz parte do controle judicial da interceptação telefônica, fornecendo ao juiz uma posição de garante dos direitos fundamentais. Isso é feito justamente para que se assegure a maior privacidade dos comunicadores, uma vez que essas gravações, inúteis ao processo penal, podem chegar a destruir uma vida, se reveladas (GOMES; MACIEL, 2013, p. 186).

Inclusive, pela maior proteção ao direito à intimidade, é que o texto legal autoriza que tanto o Ministério Público quanto *a parte interessada* requeiram a destruição das provas inúteis. E parte interessada abrange todos os interessados no sigilo da conversa, seja o investigado ou um terceiro que não queira ter sua intimidade exposta, em prol do direito à privacidade constitucionalmente assegurado (FERNANDES, 1996, p. 60).

Cumpre frisar, ainda, que antes da destruição do material necessário se faz que seja aberta vista para a parte contrária se manifestar a respeito, sob o prisma do princípio do contraditório e da ampla defesa. Isso porque o que parece inútil à uma

das partes pode, para a outra parte, conter elementos importantíssimos para a tese defensiva ou acusatória (CABETTE, 2011, p. 151).

Já o entendimento atual dos Tribunais Superiores não é convergente com estes ensinamentos doutrinários. Em síntese, a jurisprudência entende ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal[55].

A única ressalva feita pelas Cortes é de que as gravações realizadas estejam disponíveis em totalidade para as partes, por mais que não tenham sido transcritas. Dessa forma, será livre a Defesa para buscar, por si, levantar outras versões que interesse na sua versão dos fatos, o que assegurará a ampla defesa e o contraditório[56].

4.4 A serendipidade e sua aceitação no direito pátrio

Na decorrência de uma interceptação telefônica, é possível que fatos novos, os quais não foram objetos da autorização judicial, ou até mesmo nomes novos, que também não foram indicados pelo magistrado, possam vir a ser citados nas conversas captadas. Estaremos, então, diante do fenômeno da a serendipidade, também denominada de encontro casual ou do encontro fortuito (MOREIRA, 2014).

Muito se discute na doutrina acerca da licitude na utilização dessas gravações como provas em nova investigação, ou até mesmo na investigação corrente. Escolheremos as posições doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias para trabalharmos o assunto.

Luiz Flávio Gomes (2013, p. 112), um dos especialistas no tema, subdivide o encontro fortuito em algumas hipóteses para que se examine a possibilidade de utilização como prova lícita em investigação. No caso de que seja autorizada

---

[55] STF, MS-AgR-terceiro 26.988/DF, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, unânime, DJe 24.2.2014

[56] STJ, Ação Penal nº 536, Relatora Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 17/03/2010, CE - Corte Especial

interceptação para apuração de determinado crime por uma determinada pessoa e, durante as gravações, se descubra que esta mesma pessoa praticou outros crimes, temos que as provas poderão ser usadas se o crime encontrado tiver conexão com o crime que se estava investigando. Caso contrário, tal captação só será utilizada como mera *notitia criminis*, para que se abra a nova investigação a respeito.

E prossegue o autor, referindo que, em caso de que, durante a interceptação, se descubram novos criminosos envolvidos no crime investigado, tal prova é tida como lícita, pois se trata de concurso na mesma infração ou nas mesmas infrações objeto da interceptação.

Por fim, o doutrinador entende como ilícita utilizar uma prova descoberto que remete a outro crime, praticado por outra pessoa, que nada tem de relação com o fato investigado. Esta prova também seria somente utilizada como *notitia criminis*.

Em suma, temos que, para a licitude da prova, o fato encontrado tem de ter relação com o fato investigado, e que se detenha também de mesma responsabilidade do sujeito passivo. Se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, a prova deve ser tida como ilícita.

E similar é o posicionamento de Streck (2001, p. 124 - 127), ao afirmar que a informação fortuitamente obtida terá validade sempre que tiver ligação com o fato em investigação, exemplificando o tema com a investigação de organizações criminosas, nas quais é praticamente impossível prever logo de início todas as atividades ilícitas por elas praticadas, pois feitas em uma complexa rede de ligações, situações, circunstâncias, práticas e táticas criminosas.

E quanto a fatos novos e não conexos com o crime investigado, o autor também não descarta definitivamente sua utilidade. Explica que pode ter relevância como *fumus boni iuris* para novas investigações e até mesmo novas interceptações, pois não pode o Estado ignorar a existência de um crime, devendo buscar a comprovação da existência desse novo delito.

E a aceitação como prova lícita das captações fortuitamente realizadas vem sendo feita pelos Tribunais Superiores de forma consolidada.

Para o STF, é lícita a utilização de informações obtidas por intermédio de interceptação telefônica para apurar delito diverso daquele que deu ensejo a diligência, sendo incontestável o reconhecimento da licitude da prova[57].

---

[57] STF, HC 100524/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 24.05.2012.

No mesmo sentido já julgou o STJ, auferindo que a descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da media probatória, mas que possuem estreita ligação com objeto da investigação. Essa circunstância não invalida utilização das provas colhidas contra esses terceiros, tendo-a, assim, como prova lícita[58].

[58] RHC nº 28.794/RJ, Relatora Minstra Lurita Vaz, Dje d13/2012.

5 CONCLUSÃO

A medida de interceptação telefônica possuí natureza jurídica de meio de obtenção probatória, autorizada constitucionalmente, e tendo suas formalidades sendo disciplinadas pela Lei 9.296/96.

A Constituição Federal de 1988 estipulou, em seu artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses em que a lei estabelecer e com o fim de investigação criminal. Como vimos, a legislação que regulou a medida somente adveio em 1996, motivo pelo qual o STF não admitia a aplicação da interceptação até que norma específica viesse a estabelecer as hipóteses e a forma como esta seria permitida. Tais premissas foram superadas com a promulgação da Lei 9296/96, fazendo com que a medida fosse aceita, dentro dos ditames legais, pelo ordenamento pátrio.

Acontece que diversas discussões surgiram a respeito da licitude de determinadas hipóteses corriqueiras da *práxis* judiciária das interceptações, as quais foram objeto do presente estudo.

Primeiramente, estipulamos quais os limites abrangidos pela Lei 9.296/96, no sentido de definir as espécies de captações de conversas alheias disciplinados pela legislação citada.

Para a distinção das espécies, necessário que se entenda que as *interceptações* são captações feitas por terceiros, sem o consentimento dos interlocutores, enquanto as *escutas* são também feitas por terceiros, porém com o consentimento de um dos comunicadores. Já as *gravações* ocorrem quando um dos interlocutores grava a conversa, sem o consentimento do outro.

Ainda, necessário que se entenda que as três espécies podem ocorrer no âmbito *telefônico*, quando a captação se dá em conversa telefônica, ou *ambiental*, onde a conversa captada está ocorrendo em ambientes, sem a utilização de redes de comunicação.

Sobre os tipos abrangidos pela legislação citada, temos que tão somente a interceptação telefônica e a escuta telefônica são por esta abarcados. Isso porque só nestes dois casos temos uma *comunicação telefônica* e um *terceiro interceptador*, que são os casos disciplinados pela Lei 9.296.

Mesmo que não reguladas pela lei, as demais espécies de captações de conversas diversas vezes são tidas como lícitas no processo penal. Um exemplo disso são as gravações ambientais ou telefônicas realizadas por vítimas de crimes. Neste contexto, é unanime a aceitação da prova, pois o interlocutor a quem é dirigida a proposta criminosa detém o direito de se defender. É tida como prova válida pois se está diante de uma legítima defesa ou alguma outra excludente de ilicitude, tal como o estado de necessidade.

Aliás, as gravações, tanto telefônicas como ambientas, realizadas por um dos interlocutores vem sendo validada de forma ainda mais abrangente pelo ordenamento jurídico. Para os Tribunais Superiores, as gravações feitas por um dos interlocutores, desde que correspondam a meios de defesa, tais como provas para inocentar o interlocutor, são aceitas como lícitas no processo.

Já no que tange às escutas e interceptações ambientais, deve-se utilizar da ponderação de valores para classificar a validade probatória. Se uma gravação é feita em local público, por óbvio, temos que ter esta como prova lícita, pois se parte do pressuposto de que se o indivíduo não quer sua intimidade violada, deve manter-se em local apropriado. Já para as captações em locais privados, deve-se fazer um confronto do direito à intimidade com a justa causa para a gravação, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, estudado em capítulo oportuno. É aceita, por exemplo, em casos em que se têm grandes ganhos à sociedade, como no combate a macro criminalidade.

Mesmo com entendimentos delineados no que diz respeito à aceitação das gravações não abrangidas pela Lei 9.296/96, necessário se faz que estas espécies de interceptação sejam legalmente disciplinadas. Essa regularização auxiliaria no controle judicial sobre as captações de conversas de todos os tipos, o que certamente resguardaria com maior empenho o direito à intimidade dos indivíduos.

Outrossim, divergências de entendimentos se dão a respeito da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96, que diz ser aplicada a interceptação em sistemas de informática e telemática. Para o majoritário entendimento, é aceita a constitucionalidade do dispositivo, uma vez que a interceptação telefônica foi elaborada como forma de aparelhar os meios investigativos estatais com a criminalidade moderna, a qual cresce gradativamente, de forma desenvolvida e organizada. Dessa forma, ilógico seria excluir das hipóteses de interceptação os novos tipos de comunicação, que são cada vez mais utilizados

pelos indivíduos em geral. Infelizmente, o STF ainda não se posicionou sobre o tema, por mais que decisões similares deem a entender que o Pretório Excelsior irá se posicionar pela constitucionalidade do dispositivo.

Após a análise dos *limites* da legislação que regula as interceptações telefônicas, estudamos os requisitos para a decretação da medida. Por certo, a interceptação que atender as exigências legais deverá ser classificada, *a priori*, como prova ilícita. O preceito máximo para se ter uma interceptação válida é a autorização judicial para tanto.

Em seguida, deve estar presente o *fumus comissi delicti*, ou seja, o indício razoável de autoria ou participação do investigado no crime. Esse indício razoável significa que se deve superar a barreira de mera suspeita no envolvimento criminoso, devendo se ter uma mínima convicção do envolvimento delituoso, por mais que não se tenha a certeza. Entretanto, para a obtenção desses indícios não se faz necessária prévia instauração de inquérito policial, podendo a interceptação telefônica se dar desde o início da investigação, desde que presentes as evidências de participação ou autoria.

Outro requisito é o *periculim in libertatis*, que reflete, em caso de demora na apuração da infração, a probabilidade da perda de uma prova. Por isso que a medida só será aceita se não houverem outros meios de se fazer a prova, motivo pelo qual é tida como *ultima ratio*. As descobertas de outros meios de se fazer a prova no decorrer da investigação não invalidam a interceptação, dado que, no momento do pedido, a medida era a única fonte probatória aparente.

O último requisito para a decretação válida da medida é de que o crime investigado seja punido com pena de reclusão. A doutrina aponta que, muito embora exista essa previsão legal, necessária a análise do caso concreto, com a ponderação dos bens jurídicos envolvidos. Isso se dá porque é inadmissível que se sacrifique a privacidade alheia para investigar crimes que não estejam envolvidos crimes de bens jurídicos com grande valor, o que tornaria a prova inválida.

A princípio, na falta desses requisitos, temos que a interceptação telefônica há de ser classificada como prova ilícita. Diz-se prova ilícita pois viola normas de direito material, propriamente o direito constitucional da inviolabilidade das comunicações, e tem como consequência o desentranhamento das interceptações do processo penal.

A forma que se tem para viabilizar o uso da prova inicialmente tida como ilícita é a utilização do princípio da proporcionalidade. Este princípio tem como objetivo ponderar o poder estatal em benefício da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. No âmbito da interceptação telefônica, temos o interesse público em contrapartida ao interesse individual, qual seja, o direito à intimidade e privacidade.

Somente quando a invasão da esfera dos direitos fundamentas se mostrar indispensável é que se poderá utilizar a prova inicialmente considerada ilícita. Neste diapasão, o STJ detém entendimento de que não existe nenhum direito absoluto, até porque algumas medidas adotadas em prol da ordem pública, mesmo que restritivas de garantias individuais, tem por objetivo a defesa dos próprios direitos fundamentais dos cidadãos, desde que tudo seja suficientemente demonstrado.

Em análises casuísticas, vimos que as interceptações entre advogados e seus clientes são consideradas proibidas, portanto, ilícitas. Isso é uma forma de se garantir o direito de defesa constitucionalmente resguardado, uma vez que a comunicação com o advogado é uma forma de orientar o cliente quanto à defesa a ser utilizada. A única exceção à essa regra é de quando o próprio advogado também está sendo investigado por participação ou autoria delitiva.

Outra discussão existe acerca da licitude da prorrogação da medida por inúmeras vezes. Conforme visto, desde que devidamente fundamentadas as decisões, não há limites para as prorrogações das interceptações, até pelo fato de que, normalmente, a medida é utilizada na apuração de crimes complexos, elaborados de forma profissional, que demoram meses para serem investigados.

No que diz respeito às gravações e transcrições destas, vimos que o entendimento doutrinário é de que tais sejam feitas de forma completa, pois, do contrário, se estaria dando margem para omissões ou distorções, que poderiam tanto ser usadas em prol da acusação como em prol da defesa do acusado. Já a jurisprudência detém outro posicionamento, ao referir ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida. A única exigência jurisprudencial é de que as gravações realizadas estejam disponíveis em totalidade para as partes, oportunizando que a defesa faça uso da totalidade das gravações para teses defensivas, por mais que estas não estejam transcritas.

Quanto ao fenômeno da serendipidade, ou seja, do encontro fortuito, no decorrer de uma interceptação telefônica, de novos crimes ou novos autores do crime em investigação, concluímos que tal prova poderá ser usada licitamente na investigação, desde que o crime encontrado, ou as pessoas envolvidas, tenham conexão com o objeto da investigação. Caso não detenham conexão, as interceptações poderão ser usadas como *notitia criminis* de novo procedimento investigatório, pois não pode o estado simplesmente ignorar a existência de um crime.

Em síntese, observamos que o uso da medida deve ser visto pelo princípio da proporcionalidade, sobrepesando o interesse público com o direito à intimidade do investigado. Outrossim, temos que a utilização desta medida probatória, até mesmo quando ausente todos os requisitos formais, vem sendo aceita pelo ordenamento jurídico, pois a interceptação é uma das principais formas investigativas do combate à criminalidade complexa e cada vez mais organizada atuante nos dias de hoje.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. ***P*rovas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª Edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BANDEIRA, Gustavo. **A interpretação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 55, abr./jul. 2003.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. **Lei nº 4.11762, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm>

BRASIL. **Lei 8.906/94, de 4 de julho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>

BRASIL. **Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>

BRASIL. **Lei 11.767/08, de 7 de agosto de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm>

BRASIL. **Lei 12.850/13, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação Telefônica**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, volume 4. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Interceptação Telefônica**. Correio Brasiliense de 09.09.1996.

DELMANTO, Celso. ***Código Penal Comentado***. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A Lei de Interceptação Telefônica**. In: Penteado, Jaques de Camargo (coord.). Justiça Penal, 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Interceptações Telefônicas: aspectos processuais da nova lei**. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 45, agosto 1996.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. **Interceptação Telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. *2ª* Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996**. 2ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo: o regime brasileiro de interceptações telefônicas.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **As nulidades no Processo Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Escutas telefônicas e processo penal**, publicado no jornal O Estado de S. Paulo na edição de 26.04.1987.

GRIONOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as interceptações telefônicas. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 17, p. 112-126, 1997. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm.>

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade, Ensaios de Teoria Constitucional.** Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.

HENTZ, Luiz A. Soreas. **Gravação Clandestina: prova no processo penal**, Boletim IBCCrim n. 30, jun. 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas***: **Notas à Lei 9.296**, de 24/07/1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 735, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo, Editora Atlas: 2003.

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

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A serendipidade, o encontro casual ou o encontro fortuito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4033, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28811>

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição de prova ilícita. Novas tendências do direito**. In Justiça penal nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à Lei 9.296/96**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

PITOMBO, Sérgio Marcos Moraes. **Sigilo das Comunicações. Aspecto processual penal**, Boletim IBCCrim, nº 49, dezembro de 1996.

RANGEL, Paulo. ***Breve considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação Telefônica***. In Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº 26, abril/junho 1999.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: Teoria dos Direitos Fundamentais**. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais – Constituição – Cidadania – Violência: A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais.** 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VACONCELOS, Clever Rodolfo; MAGNO, Levy Emanuel. **Interceptação Telefônica.** São Paulo: Atlas, 2011. (Série legislação penal especial).

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **A Escuta Telefônica e Outras Invasões da Intimidade – O anonimato e sua Ilicitude**. In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano VII, Número 38, Porto Alegre, out/nov 2010.