

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

CLERISTON LEONARDO FONTES SANTOS

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
VERSUS VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**ARACAJU
2015**

CLERISTON LEONARDO FONTES SANTOS

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
VERSUS VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau em bacharel em direito.

ORIENTADOR:
Prof. Vitor Condorelli dos Santos

ARACAJU
2015

CLERISTON LEONARDO FONTES SANTOS

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
VERSUS VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau em bacharel em Direito, à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

1º Avaliador

Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

2º Avaliador

Prof. Me. Marcos Vander da Cunha Costa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus familiares pelo apoio e
cooperação.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus e a todos que contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

De forma especial, agradeço a minha família que a todo o momento esteve e está comigo nesta jornada.

Aos colegas que estão ao meu dia a dia meu profícuo agradecimento.

Aos amigos que tem me auxiliado academicamente de forma primordial, para que eu possa enveredar na seara jurídica.

Enfim, a todos as pessoas que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

A igualdade não é um dado, mas um
construído.

Hannah Arendt

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise acerca da interceptação telefônica e as polêmicas acerca de sua aplicabilidade na investigação criminal e instrução processual penal, trazendo a reflexão jurídica da Lei nº Lei 9.296/96 e as modificações nela propostas para a utilização da escuta telefônica no processo penal. O estudo traz seu bojo uma imprescindível necessidade de se discutir os efeitos jurídicos e a eficácia da Lei nº 9.296/96, emanada da doutrina e da jurisprudência. A importância da pesquisa encontrou respaldo nas alterações advindas Lei nº 9.296/96, que criaram mecanismos para coibir e prevenir o mau uso das escutas telefônicas nas investigações criminais. O procedimento metodológico utilizado foi à pesquisa bibliográfica, a partir das leituras realizadas, através de um referencial teórico obtido em revisão bibliográfica, recorrendo-se ao uso de materiais como livros, revistas, artigos e periódicos e jurisprudências. O estudo revelou que a grande complexidade do tema e o porquê de o mesmo suscitar tantas controvérsias e discussões, já que é louvável à utilização das interceptações telefônicas como prova nas investigações criminais, ressaltando a necessidade do uso adequado das escutas telefônicas como prova no processo penal, obedecendo às condições determinadas pela Lei 9.296/96, a fim do real cumprimento das hipóteses em que se pode utilizar este recurso, sem ferir o que preceitua a Constituição Federal de 1988, a garantia do direito ao sigilo das comunicações telefônicas.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação Telefônica. Lei 9.296/96. Processo Penal

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the telephone interception and the controversies about its applicability in criminal and criminal procedural, bringing the legal reflection of the Law Law No. 9,296 / 96 and the modifications it proposed for the use of wiretapping in criminal proceedings. The study brings its core an essential need to discuss the legal effects and the effectiveness of Law No. 9,296 / 96, issued by the doctrine and jurisprudence. The importance of research found support in the changes arising Law No. 9,296 / 96, which created mechanisms to restrain and prevent the misuse of wiretaps in criminal investigations. The methodological procedure used was to literature, from the readings made through a theoretical obtained from literature review, resorting to the use of materials such as books, magazines, articles and journals and case law. The study found that the vast complexity of the issue and why the have stirred many controversies and discussions, as is commendable use of telephone intercepts as evidence in criminal investigations, emphasizing the need for proper use of wiretaps as evidence in criminal proceedings , complying with the conditions determined by Law 9,296 / 96, to the actual fulfillment of the hypotheses that can use this feature without hurting the provisions of the Federal Constitution of 1988, guaranteeing the right to confidentiality of telephone communications.

KEYWORDS: Telephone interception. Law 9.296/96. Criminal Procedure

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1: Procedimento da Intercepção Telefônica.....	35
---	----

LISTA DE SIGLAS

Art. - Artigo

CF- Constituição Federal

CPP - Código de Processo Penal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROVA E SUA RELEVÂNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	14
2.1 A Prova no Processo Penal.....	16
2.2 Dos Meios de Prova	17
2.3 Dos Sistemas de Avaliação das Provas	19
2.4 Do Ônus da Prova.....	19
2.5 Das Provas Ilícitas	20
2.5.1 Da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.....	21
2.6 Da Liberdade de Provas.....	21
3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	23
3.1 Da Verdade Real.....	26
3.2 Da Culpabilidade	27
3.3 Do Devido processo legal	28
3.4 Da Ampla defesa.....	29
3.5 Do contraditório.....	30
4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL.....	32
4.1 A interceptação Telefônica	32
4.2 Tipos de Interceptação de Diálogo	32
4.3 Requisitos	34
4.4 Procedimentos	35
4.5 O Direito à Privacidade e à Intimidade: Visão Constitucional	36
4.6 Legalidade da Interceptação Telefônica	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Este estudo traz uma análise sobre a interceptação telefônica como prova na investigação criminal ou violação de princípios constitucionais.

A interceptação telefônica como prova no processo penal vem sendo estudada com maior interesse na literatura jurídica brasileira, e, embora essa temática já exista há alguns anos, o tratamento a ela dispensado pelos juristas brasileiros é recente, em virtude das polêmicas que a Lei nº 9.296/96 trouxe com a aplicação da interceptação telefônica como prova na investigação criminal e instrução em processo penal.

A interceptação telefônica nasceu da necessidade social, aspecto que levou o legislador a perceber a importância de utilizar mecanismos para coibir a propagação do crime organizado, definindo instrumentos capazes de conter o crescente crime organizado. Negada nas constituições anteriores a de 1988, não sendo acolhida, sendo assegurada a toda pessoa “à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas” (art. 153, da EMENDA CONSTITUCIONAL nº 1, de 1969).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 assegurou o sigilo das telecomunicações em seu art. 5º, inciso XII, preceituando a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e 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.

Em 1996, a interceptação telefônica passou a ser disciplinada pela Lei nº 9.296/1996, regulamentando o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, passando a permitir as interceptações para fins de investigação criminal desde que, atendido os requisitos elencados pela legislação vigente. A referida Lei preceitua a aplicação da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A Lei nº 9.296/96 constitui uma das mais antigas e discutidas instituições do processo penal, sendo um tema de calorosas discussões e debates na seara do Direito Processual Penal, na medida em que traz uma espécie de legitimação para o sistema jurídico em razão de sua importância no combate ao crime em seus vários aspectos e os desvios de conduta de agentes públicos. Entretanto, discute-se também em algumas investigações a aplicação da Lei, que entram em colisão os

princípios constitucionais e os direitos e as garantias fundamentais e individuais, daí a referida Lei fomenta uma série de controvérsia na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Foi a partir da regulamentação da citada Lei que começam discussões calorosas, tanto na doutrina como na jurisprudência, a respeito da legitimidade da interceptação telefônica, mesmo quando concedida pelo judiciário, haja vista a falta de uma regulamentação da matéria, pois advogam alguns doutrinadores que ela fere o direito à intimidade da pessoa.

Feitas essas considerações iniciais, busca-se neste estudo responder o seguinte problema: uso da interceptação telefônica é lícito ou inconstitucional? A análise do tema evidenciou um vasto campo de pesquisa, o que permite as seguintes questões norteadoras: quais os direitos fundamentais e individuais inerentes à interceptação telefônica? Quais as principais especificidades da prova no direito processual penal? Quais os aspectos constitucional, processual e jurisprudencial, no pedido de interceptação da comunicação telefônica e a admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos e recurso cabível?

Os questionamentos descritos trazem em seu bojo uma imprescindível necessidade de se discutir os efeitos jurídicos e a eficácia da Lei nº 9.296/96, emanada da doutrina e da jurisprudência. Assim, são objetivos desse estudo: estudar os direitos fundamentais e individuais inerentes à temática, fundamentado na Constituição Federal de 1988; descrever as principais especificidades da prova no direito processual penal, analisando sua evolução histórica; e analisar interceptação telefônica, em seus aspectos constitucional, processual e jurisprudencial, abordando o pedido de interceptação da comunicação telefônica e a admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos e recurso cabível.

O estudo destaca também, aspectos como: a síntese constitucional necessária ao aprofundamento do tema, ampliando a discussão sobre o estado democrático de direito, os direitos e as garantias fundamentais e individuais; como também a prova no direito processual penal, analisando a legalidade da prova e sua licitude.

A discussão temática proposta neste estudo segue os procedimentos metodológicos inerentes à pesquisa bibliográfica, a partir das leituras realizadas, através de um referencial teórico obtido em revisão bibliográfica, recorrendo-se ao uso de materiais como livros, revistas, artigos e periódicos e jurisprudências.

A presente monografia está dividida em três capítulos principais, sendo que o primeiro descrever as principais especificidades da prova no direito processual penal, analisando sua evolução histórica. O segundo traz a lume a eficácia e importância dos direitos fundamentais e individuais inerentes à temática, fundamentado na Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo, trata-se, finalmente, o terceiro capítulo, o ponto central da monografia analisa interceptação telefônica, em seus aspectos constitucional e processual, abordando o pedido de interceptação telefônica e a admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos e recurso cabível.

É importante destacar a necessidade de manter o interesse e a discussão acerca de um tema cujo caráter é tão atual e relevante, torna-se mister no campo do direito processual penal.

2 PROVA E SUA RELEVÂNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico, é sabido que, em regra, nos procedimentos processuais exige-se que as partes envolvidas na lide, não somente apresente alegações dos fatos, mas as comprove para que assim, o magistrado fique convicto das afirmações feitas em juízo. Nesse sentido, ganha relevância o instituto da prova, entendida como ferramenta indispensável à fase instrutória do processo, pois serão estas juntadas aos autos.

O termo prova é originário do latim “*probatio*”, do verbo “*probare*”, cujo significado é demonstrar, reconhecer, formar juízo de, constituindo-se num dos mais importantes no processo penal (AVENA, 2009).

Avena (2009, p.57) conceitua “prova como conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.

Mirabete (2013, p. 249) diz que:

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre a situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Assim, o objetivo da prova, na concepção de Avena (2009, p.57), é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para decidir a causa, e o objeto da prova são os fatos que influenciam na existência ou não de uma responsabilidade penal, exigindo uma comprovação para apreciação do magistrado.

Entretanto, conforme pontua Oliveira (2011, p.19), a doutrina aponta alguns fatos que não precisam ser provados, não necessitando de comprovação, a saber:

- Fatos axiomáticos ou intuitivos: são os fatos evidentes, que suscitam um grau de certeza incontestável.
- Fatos notórios: são os de conhecimento geral.
- Presunções legais: são juízos de certezas estabelecidas por lei. Podem ser classificadas em absolutas (*jure et de jure*), não aceitam prova em contrário, e em relativas (*juris tantum*) admitem a produção de prova em sentido oposto.

Quanto aos fatos que não foram impugnados pelo acusado, os fatos incontroversos, não dispensam a prova, podendo o magistrado, caso não se convença de que o fato incontroverso seja realmente o ocorrido, pode determinar a

produção de provas para atingir a verdade (art. 156, Código Processual Penal - CPP).

Theodoro Júnior (2009) explica que a prova processual possui dois sentidos. O primeiro é objetivo, constitui-se como um instrumento hábil na demonstração dos fatos. O segundo sentido é subjetivo, em que a certeza é originada quanto ao fato, a partir da produção da prova. Portanto, esse autor entende a prova como a convicção que se forma no espírito do julgador com base no fato demonstrado.

Sobre a relevância do referido instituto para o processo, Mirabete (2013, p. 256) assim discorre:

Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal, e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a ideia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos. Da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou a falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas.

É possível definir a prova como um conjunto de atos que são praticados por todas as partes envolvidas no processo, com a finalidade de convencer o magistrado acerca da existência de algo que possa ser útil para a formação da convicção do juiz sobre os elementos relevantes que conduzam ao esclarecimento da causa.

Observa-se então que, no curso de um litígio, todos os envolvidos têm o direito de apresentar argumentos favoráveis, seja ele o autor ou o réu, bem como aspectos que comprovem a verdade dos fatos. Desse modo, delimita-se o objeto da prova, ressaltando-se que cabe ao julgador ater-se aos fatos apresentados.

Bonfim (2012) sintetiza essa ideia declarando que, na seara processualista, são as partes envolvidas que definem os fatos que serão objetos de prova, cabendo ao juiz de direito apenas completar o arrolamento de provas a produzir, utilizando-se de seu poder instrutório, conduzindo o litígio com a observância do princípio da verdade real.

Como se observa, no direito processual, os aspectos que dizem respeito à prova são de extrema relevância, haja vista que as provas são a essência do processo, ou seja, o fundamento que encabeça toda a dialética processual.

2.1 Prova no Processo Penal

O CPP, em seu Título VII, regulamenta a produção de provas, estabelecendo normas gerais para serem utilizados como critérios na valoração de elementos de convicção para o magistrado, bem como especificou determinados meios de provas capazes de nortear o juiz na busca da verdade das afirmações das partes em juízo.

No Direito Processual Penal moderno um dos direitos fundamentais da parte, baseado no princípio da verdade real, é o direito à prova, tendo importância extrema na reconstrução dos fatos como ocorridos na realidade.

Assim, na fase instrutória, embora se obedeça aos mesmos critérios processualísticos nas diversas áreas do direito para a demonstração da certeza das alegações, é importante destacar que, no âmbito penal, a prova adquire características peculiares. A esse respeito, comenta Coelho (2010, p. 27) que:

No processo penal, o objetivo da prova não deverá ser apenas demonstrar a ocorrência do delito e sua autoria, mas as circunstâncias objetivas e subjetivas que alteram a imputação feita ao acusado, bem como sua pena ou punibilidade, os chamados elementos do crime, e que podem influir no julgamento da causa.

Em contraposição ao direito civil, no direito penal o fato incontestável deverá ser objeto de prova, não admitindo o juiz o fato que não foi contestado, uma vez que se deve prevalecer a busca pela verdade real. Entretanto, não se exige que os fatos axiomáticos, ou intuitivos sejam provados, pois estes já demonstram claramente a afirmação realizada (COELHO, 2010, p. 27).

No processo penal as provas possuem classificação diferenciada. Bonfim (2012, p.310) apresente a seguinte:

Quanto ao objeto: a) direta: evidencia o fato de forma instantânea, não necessitando de nenhuma construção lógica. Como exemplo há uma confissão, um flagrante etc.; b) indireta: “[...] afirma um fato do qual se infira, por dedução ou indução, a existência do fato que se busque provar [...]”

Quanto ao sujeito ou causa: a) real: é uma prova encontrada em objeto ou coisa que possua vestígios de um crime como, por exemplo, uma camisa ensanguentada da vítima etc.; b) pessoal: é uma prova surgida da vontade consciente humana e que tem como objetivo mostrar a veracidade dos fatos asseverados como, por exemplo, o testemunho de quem presenciou um crime, um laudo pericial assinado por dois peritos etc.

Quanto à forma: a) testemunhal: é a prova produzida através de declaração subjetiva oral e algumas vezes por escrito (art.221, §1º, CPP). Essas provas podem ser produzidas por testemunhas, pelo próprio acusado (confissão) ou

pelo ofendido; b) documental: é a prova originada através de documento escrito ou gravação como, por exemplo, cartas, fotografias autenticadas etc.; e, c) material: “[...] é a que consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento para o convencimento do juiz sobre o fato probando”.

Quanto ao valor ou efeito: a) plena (perfeita ou completa): é a prova que é capaz de conduzir o julgador à uma absoluta certeza da existência de um fato; b) não plena (imperfeita ou incompleta): é a prova que apenas conduz à uma probabilidade da ocorrência de um evento, não sendo suficiente para a comprovação.

Importante destacar que na legislação brasileira, nem todos os tipos de provas estão previstas, e, a estas, dar-se o nome de provas inominadas, salientando-se também que há provas que são inadmissíveis.

Mirabete (2013), ao tratar das provas inadmissíveis, classifica-as como ilícitas, por estas se chocarem com normas expressas na legislação vigente, e as ilegítimas. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 não considera ilícitas as provas quando estas ferem direitos disponíveis, e também quando houver o consentimento do interessado para a violação. Assim, ainda que sejam obtidas por meios ilícitos, mas sejam favoráveis ao réu, serão consentidas no processo, desde que sejam produzidas por ele mesmo, ou a única maneira de alcançar a verdade real.

2.2 Dos Meios de Prova

Meio de prova, segundo Bonfim (2012, p. 312.), é tudo que possa ser útil na busca da verdade real dentro do processo, seja documento ou alegação. É o instrumento que o Juiz utiliza para a formação da convicção sobre os fatos alegados pelas partes.

Em síntese, o meio de prova é tudo aquilo que finaliza convencer o julgador no que tange à veracidade dos fatos expostos na lide, sendo estes meios disciplinados ou não pela legislação vigente.

O art.332 do CPP dispõe que: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Portanto, os meios de prova são utilizados para demonstrar a existência e verdade de fatos, estão elencados no CPP, tendo suas particularidades e formalidades disciplinadas na lei processual, porém não é um rol taxativo, pois

podem existir outras modalidades de provas, aquém do disposto. Oliveira (2011. p.129), relaciona os meios de prova mais comum no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A saber:

Perícias - É o exame realizado por profissional de conhecimentos técnicos, chamado de perito oficial, a fim de auxiliar o juiz na formação de sua convicção (Arts. 158 a 184 do CPP).

Interrogatório do acusado - Procedimento de ouvida do acusado sobre imputação a este dirigida, é tido como meio de prova e meio de defesa (Arts. 185 a 196 do CPP,

Confissão - É a declaração por parte do acusado da prática de uma infração penal, não constituindo prova absoluta, devendo ser confrontada com o restante dos meios probatórios (Arts. 197 a 200, CPP).

Declarações do ofendido - As declarações do ofendido sempre que possível serão realizadas por meios de recursos de gravação magnética ou audiovisual (Art. 201, CPP).

Testemunhas - Pessoas diversas dos sujeitos processuais, que em juízo presta informações sobre os fatos relacionados à infração penal (Arts. 202 a 225, CPP).

Acareação - É ato processual onde são colocadas duas ou mais pessoas frente a frente, para dirimir divergências sobre o mesmo fato (Arts. 229 e 230, CPP).

Documentos - São quaisquer escritos, instrumentos ou papéis. Podem ser: Públicos, aqueles formados por agente público no exercício da função, possuindo autenticidade e veracidade relativa e particular, aqueles formados por particulares (Arts. 231 a 238, CPP).

Indícios - Circunstância conhecida e provada, onde existindo relação com o fato, por indução chega-se à conclusão da existência de outra ou outras circunstâncias com previsão legal (Art. 239, CPP).

Busca e apreensão - Procura e apreensão de pessoas e coisas que interessem ao processo criminal (Arts. 240 a 250, CPP).

É oportuno destacar que em relação às investigações, não deve haver restrições quanto aos meios de provas, devendo esta ser realizada de forma ampla para se chegar à verdade real dos fatos, exceto em nos casos previstos em lei, mas especificamente, no parágrafo único do art. 155, Código de Processo Penal que assim dispõe: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

2.3 Dos Sistemas de Avaliação das Provas

Ao longo da história, os diversos ordenamentos jurídicos criaram meios para orientar o juiz na avaliação das provas, e estes, conforme Reis (2010, p.45) podem ser classificados em quatro fases:

- a) Sistema das provas irracionais (ou sistema ordálio): os ordálios eram chamados de Juízos de Deus. Era invocado um julgamento divino como critério da inocência ou culpa de um indivíduo, que era submetido à provas corporais dolorosas para ser demonstrada a verdade dos fatos;
- b) Sistema da prova legal (tarifado ou formal): a decisão do julgador deveria seguir critérios estabelecidos no ordenamento jurídico vigente, não tendo o juiz liberdade para apreciar prova.
- c) Sistema do livre convencimento do juiz (persuasão racional): adotado pelo nosso CPP, em seu art. 155, caput, em que: “ o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Compreende-se do exposto que o magistrado tem toda liberdade para apreciação das provas, mas é imprescindível que fundamente suas decisões;
- d) Sistema da íntima convicção (da certeza moral do juiz): é conferido ao magistrado liberdade total para apreciação da prova, não o obrigando a apontar critérios que o levaram a tal decisão. Este sistema aparece no ordenamento jurídico brasileiro nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, sendo os jurados livres para decidir acerca dos veredictos, todavia, não podem manifestar motivações, sob pena de invalidade do pleito.

2.4 Do Ônus da Prova

Nos termos do art. 156, primeira parte do CPP, o ônus da prova incumbe a quem fizer a alegação. É o encargo em que as partes têm de provar os fatos

alegados, mediante meios lícitos e legítimos, com objetivo de fornecer ao magistrado elementos para formação de sua convicção.

Assim, para doutrina pátria, caberá à acusação provar a existência do fato imputado e sua autoria, elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. À defesa competirá provar causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade ou de tipicidade, circunstâncias atenuantes, *minorantes* e *privilegiadoras* da pena que tenha alegado.

Importa destacar que a nova redação da segunda parte do art. 156, do CPP, permite ao juiz ordenar a produção de provas no curso da ação penal, para esclarecimento de determinado fato, e inovou na possibilidade do juiz ordenar a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, desde que observe a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, conforme incisos I e II do referido artigo.

Inferi-se, desse modo que, na fase que antecede o ajuizamento da ação penal, a legalidade na produção antecipada de provas *ex officio* pelo juiz, precisa estar condicionada a alguns requisitos, sendo eles: existência de *periculum in mora*; presença do *fumus boni iuris*; existência de investigação em andamento; existência de um procedimento sob análise judicial.

2.5 Das Provas Ilícitas

A Constituição Federal (CF), em seu art. 5º, inciso LVI dispõe sobre a sua inadmissibilidade no processo e para corroborar com o que reza a Carta Magna, Moraes (2006, p.95) enfatiza que:

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, garante o art. 5º, LVI, da CF, entendendo-as como aquelas colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo, por meio de tortura psíquica), configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.

Porém, explica esse mesmo autor que existem situações em que a vedação das provas ilícitas vem sendo pacificada pela doutrina constitucional em face do Princípio da Proporcionalidade.

Bonfim (2012, p. 316) aduz que o princípio acima mencionado é utilizado quando há conflito entre dois princípios constitucionais. Assim, o princípio da

proporcionalidade é convidado a ajuizar os dois princípios, escolhendo assim, a melhor alternativa para o caso concreto. Tal análise consiste em:

Verificar primeiramente a hierarquia constitucional entre elas e, em caso de empate, deverá utilizar-se do balanço axiológico em questão, “[...] estabelecendo no caso concreto o peso de cada um dos bens ou valores em jogo, e definindo, ao final, após a aplicação dos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade (adequação e necessidade), qual deles deverá prevalecer [...]” (BONFIM, 2012, p.316).

Compreende-se que, apenas em casos excepcionais e de extrema gravidade permite-se que o direito tutelado adquira mais relevância que direitos como a intimidade, o segredo, a liberdade de comunicação, havendo hipóteses disciplinadas pela lei em que as provas ilícitas poderão ser utilizadas, afastando a ideia de ilicitude de determinadas provas com o intuito de afastar responsabilidade civil e criminal perante o Estado.

2.5.1 Da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal diz dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Segundo Nucci (2013, p.57), os meios de provas são lícitos, quando estes forem admitidos pelo ordenamento jurídico, ou ilícitos, quando forem contrários ao ordenamento.

Sobre essa questão, Grinover (2009, p.98), assim dispõe:

[...] é preciso destacar que eles não abrangem somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Corroborando com a definição sobre provas lícitas e ilícitas, Capez (2013, p.33) afirma que: “sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita”, ou seja, ilícita favor *reo* e *pro societate*.

Já a prova vedada, na concepção desse mesmo autor, é aquela que foi produzida de modo que possa contrariar uma norma legal específica, podendo esta ser considerada ilícita ou ilegítima. Acrescentando ainda que esse tipo de prova encontra-se prevista no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal vigente e regulamenta a imposição de uma norma de direito material ou processual, sendo também considerada, em direito ilícito ou ilegítimo (CAPEZ, 2013, p.33).

2.6 Da Liberdade de Provas

No sistema processual penal vigente no Brasil, nenhuma prova possui valor absoluto. Desse modo, ao magistrado é dada toda liberdade de valoração, atribuindo peso e valor à prova, se assim entender, não havendo hierarquia nem limites quanto à admissão de provas.

Sobre essa questão, Tourinho Filho (2012, p.67), leciona que:

O código de processo penal, contudo, não limita os meios de prova.... O veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de um modo geral, decorre de princípios constitucionais e que, por isso mesmo, não deve ser olvidado.

Quanto ao sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, Reis (2010, p.129) aduz que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Do exposto, infere-se que o magistrado possui total liberdade de convencimento na apreciação das provas, contudo, suas decisões devem ser fundamentadas.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Não se pode negar a importância dos princípios constitucionais no processo penal. Bacellar Filho (2011) advoga sobre a necessidade de haver um diálogo processual, pois é este que confere entre as partes envolvidas regras de lealdade para que não dissimulem a realidade com o objetivo de ludibriar, nem anulem elementos relevantes, nem possa impedir o sujeito de direito de fazer valer suas razões nem tampouco o juiz de exercer sua função, seus poderes, salientando-se que é o contraditório que vai exercer um papel fundamental no processo penal.

Sendo assim, imperativo se faz uma conceituação dos princípios básicos que regem a matéria processual penal, destacando sua importância e resignação no direito penal brasileiro. Tal proposição pode ser explicada pelo fato de que, no sistema jurídico brasileiro, os princípios representam um elemento a ser constantemente revigorado.

O termo princípio significa, conforme Jorge Neto e Cavalcante (2012), as preposições presentes na consciência de pessoas e grupos sociais e consagrados pela Constituição Federal, a fim de guardar os valores fundamentais da ordem jurídica. Juridicamente, os princípios constitucionais representam à expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade, onde estão inclusos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, a aplicação do Direito.

Reale (2010) entende os princípios como pronunciados lógicos, constituindo condição indispensável para validar asserções que integram dado campo do saber.

Discorrendo sobre a importância dos princípios, Bobbio (2010, p. 158) afirma que:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito; também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das

fontes legais fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas princípios e normas-disposições.

Ressalta-se que Bobbio considera os princípios gerais do direito algo indispensável ao ordenamento jurídico, sendo estes valores consagrados pela Carta Magna com o intuito de preservar os bens fundamentais da ordem jurídica.

Silva (2010, p. 118) também corrobora apresentando sua concepção sobre os princípios, e para ele:

[...] o direito é tão dinâmico, que nem mesmo os mais sedimentados princípios têm o condão de engessá-lo, haja vista às mudanças que imperam no mundo e acontecem de uma forma tão rápida que quando nos damos conta de uma delas a próxima já nos ultrapassou, trazendo consigo toda uma gama de exigências sociais que têm que ser atendidas.

Pelo conceito exposto, nota-se que os princípios constitucionais são valores consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro que visam salvaguardar os valores fundamentais da ordem jurídica, na medida em que estes não objetivam apenas a regulação de situações específicas, mas, sim, desejem lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico.

Mello (2013, p.07) entende o princípio da seguinte forma:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Completa o jurista citado que “os princípios consistem de regras éticas que informam o direito positivo, desvendando soluções que, por vezes o próprio direito positivo não consegue vislumbrar. São os princípios que determinam o alcance e o sentido das normas jurídicas.” (MELLO, 2013, p. 155)

Assim, observam-se as funções atribuídas aos princípios, como bem preleciona Bastos (1997, p.56):

- 1) informadora, tendo em vista que, de forma direta ou indireta, inspiram o legislador, servindo-lhe como fundamento do ordenamento jurídico;
- 2) normativa, dado o fato de atuarem de forma supletiva, no caso de ausência de lei, ou seja, funcionam como elemento de integração da norma jurídica; e,
- 3) interpretador das leis que funcionam como um critério de orientação do juiz ou do intérprete da lei.

Sendo assim, contata-se a importância dos princípios no direito processual penal, haja vista que eles são elementos essenciais que corroboram para a compreensão do fenômeno jurídico. Portanto, são diretrizes fundamentais inseridas no sistema jurídico para melhor informá-lo (DELGADO, 2014).

Pode-se observar de forma mais clara a distinção entre regras e princípios quando das colisões de princípios e conflitos de regras, já que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, provocando diferenças fundamentais na forma de se solucionar um conflito. Já os conflitos entre as regras são solucionados na exata dimensão da validade.

Sobre a questão, Bandeira de Mello (2013, p.155), afirma que:

[...] os princípios consistem de regras éticas que informam o direito positivo, desvendando soluções que, por vezes o próprio direito positivo não consegue vislumbrar. São os princípios que determinam o alcance e o sentido das normas jurídicas.

Na concepção de Nucci (2013), em direito, um princípio jurídico significa um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir. Por conta disso,

[...] cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O processo penal não foge à regra, erguendo-se em tomo de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal, encontram-se a maioria dos princípios que governam o processo penal brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos (NUCCI, 2013, p.80).

No processo penal os princípios apresentam vários matizes e se apresentam como um sistema lógico e harmônico, favorecendo a interpretação e a integração das normas processuais penais. Todavia, Nucci (2013) esclarece que há princípios explicitamente inseridos na Constituição e outros, implícitos, uns vinculados à pessoa

humana; outros são mais próximos da relação processual, tanto assim que, por vezes, não servem exclusivamente ao réu, mas também ao órgão acusatório. Há, ainda, os princípios orientadores da atuação do Estado para servir de proteção, em última análise, à pessoa humana.

Importante acrescentar que toda a atividade do Estado é regida pelo princípio maior do Estado Democrático de Direito, pelo qual o Estado brasileiro é regido. Assim, sob a influência desse princípio supremo, a Constituição elenca os princípios que norteiam o processo penal, sendo alguns deles indispensáveis à análise da temática em estudo.

Neste capítulo são analisados apenas os princípios que estão diretamente relacionados à prova pericial, tais como: O princípio *da verdade real*, *da culpabilidade*, *do devido processo legal*, *do contraditório* e *da ampla defesa*.

3.1 Da Verdade Real

A ideia consubstanciada do princípio da verdade real é a do dever de investigar todas as provas visando à verdade dos fatos. Sobre esse princípio, Mirabette (2013, p.53) ensina que:

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade.

Entende-se, desse modo, que a verdade real é o princípio que norteia o processo penal, sendo este o fundamento da sentença. Portanto, o referido princípio não apresenta limitações quanto aos meios de prova, deixa claro apenas que, tanto o juiz quanto as partes envolvidas na lide pode buscar as provas necessárias, não se restringindo às provas formais que lhe são apresentadas aos autos (CPP, art. 156).

Falando da importância deste princípio para o CPP, Grinover (2009, p.31) comenta:

O princípio da verdade real, que foi mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdadeira ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal.

No âmbito do processo penal, o princípio da verdade real está associado à ideia de verdade a ser pesquisada, mesmo diante de fatos incontroversos, cabendo ao juiz aplicar a norma de direito material aos fatos ocorridos, com vista à efetivação da justiça (GRINOVER, 2009, p.31).

3.2 Da Culpabilidade

A culpabilidade é um princípio sem previsão expressa na atual constituição brasileira, apesar de sua importância no que se refere ao Direito Penal (*nulla poena, sine culpa*), entretanto ele pode ser extraído de alguns artigos.

Do ponto de vista de Zaffaroni e Pierangeli (1995 apud SHECAIRA, 2002, p.74), o princípio da culpabilidade deve produzir efeitos em dois níveis: na tipicidade e na culpabilidade. No caso da tipicidade, o princípio da culpabilidade implica na necessidade de que a conduta para ser típica deva pelo menos ser culposa, enquanto na estrutura da culpabilidade implica que não há delito se o injusto não é reprovável ao autor.

Ainda falando dos estudos de Gomes (2006), ele fez um breve apanhado sobre as origens da culpabilidade, onde mostra que a teoria psicológica da culpabilidade origina-se no século XIX atrelada ao causalismo de von Liszt-Beling e era o vínculo do agente com seu fato, seja por dolo ou culpa, que naquela época era a essência da culpabilidade. De acordo com o causalismo, o crime possuía duas partes: uma subjetiva (culpabilidade) e outra objetiva (tipicidade e antijuridicidade).

Toledo (2011), ao comentar a teoria psicológica da culpabilidade, também chamada de normativa, acredita que ela trouxe um grande avanço do ponto de vista dogmático, mas por outro lado houve um retrocesso no que se refere a retomada do curso evolutivo do direito penal seccionado pela concepção psicológica, exatamente no conceito de dolo, pois para esta teoria, o dolo é a consciência da ilicitude que, estando presente, possibilita o juízo de censura de culpabilidade, voltando precisamente ao *dolus malus*.

Ainda segundo o autor, a superação da teoria psicológica da culpabilidade só aconteceu quando surgiu com Welzer a teoria finalista e nela saíram o dolo e a culpa da culpabilidade, ambos realocados para a ação típica.

A propósito da teoria finalista, Shecaira (2002) comenta que o ato de realocar o dolo e a culpa para a ação típica levou a superar a fase causal-clássica que mencionava erros de fato e de direito. A realocação permitiu uma compreensão de dois problemas da teoria do delito, quais sejam: o erro de tipo e o erro de proibição.

À medida que as teorias psicológica e finalista foram superadas, surge uma nova concepção da culpabilidade, a teoria da adequação social, onde o dolo e a culpa estão num contexto do tipo legal e com abrangência social. Segundo Shecaira (2002), apesar de existirem resquícios anteriores desta maneira de pensar, foi com Jescheck que tal teoria passou a existir de fato.

Trazendo a culpabilidade para os dias atuais, observa-se a vinculação do autor ao fato, é o que a doutrina chama de imputação subjetiva. A desaprovação atribuída ao autor do delito depende de sua personalidade, suas particulares relações afetivas, psicológicas, espirituais e éticas, não morais (SHECAIRA, 2002).

3.3 Do Devido Processo Legal

O devido processo legal está baseado na proteção aos direitos fundamentais que garante ao acusado a plenitude da defesa. O devido processo legal visa assegurar a todo indivíduo o direito de não ser privado de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma da lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV) .

O devido processo legal foi elaborado com o intuito de colocar limite nos poderes advindos dos governantes, evitando arbitrariedades, garantindo ao cidadão paridade entre este e o Estado. Assim, este princípio está consagrado na Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV).

O Princípio do devido processo legal trata-se, segundo Didier Jr.(2012, p.9), do postulado fundamental do processo, sob a qual todos os outros se sustentam. Aplica-o a tudo que diz respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade e inclusive na formação de leis.

Muitos doutrinadores entendem que os demais princípios processuais possuem a sua gênese no princípio do devido processo legal. Para Tucci e Cruz (2009, p. 67), *derivam do devido processo legal outros princípios tais como: o princípio da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do*

contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Este princípio constitui um conjunto de garantias constitucionais que busca, de um lado, assegurar às partes envolvidas no exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao adequado funcionamento jurisdicional.

Pelo exposto, observa-se que, na visão dos autores discutidos, o devido processo legal é uma garantia para qualquer cidadão, afirmada pela Constituição vigente, cujo objetivo é o benefício de toda sociedade, assegurando, portanto, o exercício do direito de acesso ao judiciário, configurando-se no Estado Democrático de Direito.

3.4 Da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa está insculpido no art. 5º, inc. LV, da CF. Apesar de este princípio ser tratado como autônomo, ele anda lado a lado com o princípio do contraditório, ambos se complementando, estando presentes desde a Constituição de 1824 à Carta atual (1988), com o diferencial de estarem no mesmo dispositivo.

Sendo assim, a ampla defesa é possibilitada pelo contraditório e, mantendo com este uma íntima ligação. Para Borba (2014), o juiz coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante a elas, quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, oportunizando-as a exporem suas razões, e apresentarem suas provas, com vista a influir sobre o convencimento do juiz. Assim, somente pela porção de parcialidade das partes, *uma apresentando a tese e a outra, a antítese, é que o juiz pode fazer a síntese*. Vale destacar que é este procedimento que estabelece o contraditório entre as partes.

Para Fioreze (2012, p. 198-9):

Quando se fala em “ampla defesa do acusado”, deve-se entendê-la como aquela em que o réu ou acusado tem assegurada a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva, a defesa por qualquer meio de prova, o direito de acompanhamento da prova produzida, de fazer a contraprova, de manter o silêncio e até mesmo de mentir durante o interrogatório, pois não há o crime de perjúrio no Brasil.

A análise do princípio da ampla defesa e da eficiência do processo encontra respaldo na concepção mais correta a ser aplicada, o princípio da proporcionalidade,

que, por sua vez, direcionará a forma adequada que não possa acarretar prejuízo ao processo e, nem tampouco a parte interessada em pronunciar a defesa, enfatizando-se que deve prevalecer os interesses coletivo e público.

3.5 Do Contraditório

Por sua vez, o contraditório é reflexo do devido processo legal, devendo ser entendido como mais do que o simples direito de a parte se pronunciar no desenvolvimento do processo administrativo.

Uma das maiores particularidades do referido princípio é valorar a igualdade, as provas, as argumentações e oportunidades que as partes têm a oferecer. Assim também é o escólio de Oliveira (2011, p.60) para que “o contraditório, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal”.

Faz-se mister, ainda, esclarecer que, em se tratando, igualmente, de direitos indisponíveis, a ausência ou uma menor efetividade do princípio será capaz de obrigar a nomeação de um defensor para que o cumpra, ou na pior das hipóteses, de anular o processo.

Acrescenta-se ainda que o elemento substancial da garantia está no “poder da influência”. Como afirma Didier Jr. (2012, p.89), não é suficiente permitir que a parte, participe do processo, que ela seja ouvida para que o princípio do contraditório seja efetivado, fazendo-se imperativo que ela seja ouvida, mas em categorias que possa influenciar a decisão do magistrado.

O princípio do contraditório é o acordo entre o princípio da ampla defesa e princípio da igualdade das partes, como menciona Sanseverino (2013, p. 56), constitui o direito de defesa para o réu, “contraposto ao direito de ação para o autor, está intimamente ligado a uma regra eminentemente processual.”

Compreende-se do exposto que é imprescindível que se conheçam os atos praticados pela parte contrária e pelo juiz, para que se possa estabelecer o contraditório, que, por sua vez, é constituído por dois elementos: a informação da parte contrária e a possibilidade da reação à pretensão deduzida.

No tocante à produção de provas, salienta-se que esta somente terá validade se houver a possibilidade de contrariá-la utilizando-se de todos os meios cabíveis. Já as provas juntadas fora do processo, ou seja, sem que haja contraditório, mesmo

estando diante da autoridade pública, somente serão válidas se forem submetidas ao contraditório, em face do juiz (BORBA, 2014).

No capítulo seguinte, será mostrado de forma mais detalhada aspectos relevantes da lei de interceptações telefônicas, dando ênfase à prova na investigação criminal versus a violação de princípios constitucionais.

4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A interceptação telefônica nasceu da necessidade social, aspecto que levou o legislador a perceber a importância de utilizar mecanismos para coibir a propagação do crime organizado, definindo instrumentos capazes de conter o crescente crime organizado, ou seja: “os crimes praticados por associações criminosas geram grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa percepção faz com que se exija uma punição mais rigorosa dos criminosos” (VASCONCELOS, 2011, p. 4). Sendo assim, a interceptação telefônica é uma ferramenta processual de coleta de provas, de âmbito restrito, cuja validade passa, imprescindivelmente, pelo crivo do judiciário.

4.1 A interceptação Telefônica

A interceptação telefônica é a apreensão de comunicação realizada entre interlocutores sem o conhecimento destes. Nucci (2013, p. 198) explica que o termo interceptar, em sentido amplo, significa dizer que algo foi interrompido, cortado ou impedido. Em se tratando da interceptação telefônica, embora forneça uma impressão equivocada, diz respeito à interpretação da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Em síntese, explica o autor que a interceptação telefônica é a intromissão em comunicação alheia.

Na concepção de Capez (2013, p. 378) interceptar é: “intrrometer e interromper, significando, portanto, a conduta de um terceiro, estranho à conversa, que capta o diálogo dos interlocutores”.

Esta medida cautelar é destinada à formulação de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, e, no Brasil, achar-se disciplinada pela Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, anteriormente a referida lei assegurava o sigilo das telecomunicações sem qualquer exceção, passando a permitir as interceptações para fins de investigação criminal desde que, atendido os requisitos elencados pela legislação vigente.

Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2009, p.160) discorrem acerca das modalidades de captação eletrônica de provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A saber:

a) interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o consentimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).

Mas, embora existam diversos tipos de interceptação de diálogo, as interceptações telefônicas não podem ser confundidas com os demais, ressaltando-se que existem diferenças entre os termos.

4.2 Tipos de Interceptação de Diálogo

Num primeiro momento, é importante destacar que, independente do tipo, em regra, toda interceptação necessita de três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, sendo este o responsável pela captação da conversa sem o consentimento de ambos ou consentido por uma das partes.

Capez (2013) classifica as interceptações de diálogo como: interceptação telefônica, escuta telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravações clandestinas, definindo cada uma delas, de forma detalhada, no sentido de clarificar a confusão que gira em torno das mesmas. A saber:

A interceptação telefônica em sentido estrito consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores captando dados que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos, sendo também chamado de grampeamento. A escuta telefônica ocorre quando um terceiro capta a conversa com apenas o consentimento de um dos interlocutores. A interceptação ambiental pode-se denominar como a captação da conversa entre os interlocutores presentes, efetuada por um terceiro dentro de um ambiente público ou privado, em que se encontram os interlocutores, não tendo esses o conhecimento do fato. A escuta ambiental é a interceptação de conversa entre os interlocutores presentes, realizada por um terceiro com apenas o conhecimento de um ou alguns destes. Já a gravação clandestina é praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa, sem o conhecimento do outro (CAPEZ, 2013, p.55).

Compreende-se que, a interceptação telefônica se difere dos demais tipos pelo fato de a gravação e captação da conversa telefônica ocorrer sem que nenhum

dos interlocutores tenha noção da invasão de privacidade, diferenciando-se da gravação secreta da conversa telefônica, em que um dos interlocutores tem conhecimento da gravação.

É mister destacar que a interceptação telefônica é validada pelo direito, se os parâmetros estabelecidos pela legislação forem cumpridos, o que a tornará um meio de prova lícito, enquanto que a gravação clandestina é considerada ilícita, e por isso, não se admite como prova no processo.

Entendida tal diferenciação, salienta-se que, embora alguns doutrinadores acreditem que viola princípios constitucionais, no processo penal, a interceptação telefônica, desde que devidamente disciplinadas pela legislação, com a observância dos requisitos imperativos, é admitida como prova lícita para a elucidação dos fatos no processo.

Para Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2009, p.172), “tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas: serão lícitas quando obedecerem às prescrições constitucionais e legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos”.

4.3 Requisitos

Quanto aos requisitos, a Lei nº 9.296/96, em seu art. 2º, elenca os requisitos necessários para a interceptação, quais sejam:

Art. 2º da Lei n.º 9296/96 – 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 mínimo, com pena de detenção.
Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (BRASIL, 1996).

Ao analisar o artigo citado, Zorzan (2014) verifica que o legislador deixou dúvida, não clarificou quando a interceptação pode ser realizada, mas sim definiu as hipóteses em que a mesma não será acolhida. Por conta dessa falta de especificação, o doutrinador Avolio (2010, p. 226-227) queixa-se:

O artigo 2º da Lei n. 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável porque a redação negativa sempre dificulta a interpretação da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, exceção.

Capez (2013, p. 321), descreve os requisitos legais para a ocorrência da interceptação telefônica: i) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal; ii) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; iii) Que a infração penal seja crime punido com reclusão; iv) Que não exista outro meio de se produzir a prova; v) Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal.

4.4 Procedimentos

A Lei 9.296/96, além de apresentar as hipóteses em que a interceptação pode ser admitida, também elenca o procedimento a ser seguidos. Greco Filho (2009) explica que o tal procedimento possui natureza cautelar, cuja finalidade é a produção de prova processual penal, e os enumerados para sua concessão são pressupostos específicos, que se adéquam aos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Nesse sentido, o autor acima citado relacionado alguns dos procedimentos (quadro 1) que devem ser obedecidos. A saber:

Quadro 1: Procedimento da Interceptação Telefônica

A providência pode ser determinada para a investigação criminal até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal, e a competência para deferir a medida é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta.
A interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.
A interceptação, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois daquele instaurado. Nessa segunda hipótese surgirá a indagação a respeito da ciência ao réu em virtude o contraditório e da ampla defesa.
A interceptação somente pode ser sigilosa, sem conhecimento do réu; caso contrário, seria inútil. O contraditório, no caso, dar-se-á a <i>posteriori</i> , mediante a possibilidade de ser a prova contraditada, impugnada e discutida antes da sentença.
Em qualquer caso (determinação de ofício ou a requerimento) deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.
O pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade e dos

pressupostos de sua licitude, com a indicação dos meios a serem empregados, sendo necessário levar em consideração algumas relevâncias.
O juiz deverá determinar a forma de execução e as cautelas que devem ser tomadas. Poderá determinar, entre outras coisas, que seja feita a interceptação exclusivamente por intermédio da concessionária de serviço público, ou caso assim não seja, que se faça a identificação precisa de todas as pessoas envolvidas na diligência e, ainda, outros cuidados que entender pertinentes para o resguardo do sigilo e responsabilidade na hipótese de sua quebra.
O pedido de interceptação deve, em regra, ser feito por escrito, mas, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, caso em que a concessão da autorização será condicionada à sua redução a termo. Também deverá o juiz ordenar a lavratura do termo se a interceptação for determinada de ofício, a fim de que possa cumprir o disposto no art. 8º, qual seja, a formação de procedimento a ser autuado em apenso.
A decisão do magistrado deverá ser tomada no prazo máximo de 24 horas e fundamentada sob pena de nulidade e deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do meio de prova.
Quanto à fundamentação, valem as observações feitas pela doutrina e jurisprudência quanto ao decreto de prisão preventiva, ou seja, não pode ser genérica ou apenas repetir as palavras da lei, mas deve basear-se em argumentos fáticos específicos do caso.
A escuta das comunicações interceptadas poderá, ou não, ser gravada. Em qualquer hipótese, concluída a diligência, deve a autoridade encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de autocircunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Se a comunicação interceptada foi gravada, deverá ser transcrita, sem prejuízo de ser preservada e autenticada a fita original; se não foi, o resumo das operações deverá conter, também, sob responsabilidade de quem ouviu, o conteúdo das conversas interceptadas. Essa pessoa poderá, eventualmente, se necessário, em diligência determinada de ofício ou a requerimento das partes, ser ouvida em juízo.
O sigilo das comunicações telefônicas, somente pode ser quebrado, nos termos legais, em face do acusado, e esse mesmo sigilo em face de terceiros. A violação de regra do procedimento, então, pode atingir o réu ou terceiros.
Poderão requerer a diligência: autoridade policial civil ou militar, representante do Ministério Público, ou mesmo ordenada <i>ex officio</i> . Nos casos de crime de ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal poderão requerer. A queixa, representação ou simples requerimento para a instauração de inquérito policial são suficientes para se legitimar, por exemplo, ao M.P. nos crimes de ação penal privada.
A requisição deverá ser encaminhada ao juízo competente da ação principal, seja em razão da matéria ou da hierarquia. Deferida a requisição, a interceptação será mantida em segredo de justiça e autuada em apenso aos autos de inquérito policial ou de processo criminal.
O auto de interceptação conterá todos os atos realizados, de que forma foram feitos e a transcrição da gravação. A estes elementos só terão acesso: o juiz, os auxiliares da justiça, o Ministério Público, as partes e seus procuradores. O juiz terá o período de 24 horas para decidir sobre o pedido, fundamentando, sob pena de nulidade. A execução da diligência será de 15 dias, prorrogável por, no máximo, igual período (LIT, art. 5º).

Fonte: (GRECO FILHO, 2009).

4.5 O Direito à Privacidade e à Intimidade: Visão Constitucional

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos X e XII garante o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo, não os tratando a partir de um enfoque de um direito. Ou seja, “a vida privada distingue a vida íntima, o que a pessoa pensa, sente e deseja diz respeito à sua intimidade. Os seus hábitos com quem se relaciona e o que possui, pertence a sua vida privada”:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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.

Observa-se a previsão legal direta da privacidade como direito fundamental, sendo também prevista de forma indireta no inciso XII do mesmo artigo.

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.

A privacidade e à intimidade são consideradas direitos fundamentais, como bem preceitua Simón (2010, p.102) “a privacidade e a intimidade são direitos fundamentais de primeira dimensão, decorrentes da concepção liberal, os quais, posteriormente, passaram a ser encarados não somente no que tange ao relacionamento do indivíduo com o Poder Público...”.

Nessa compreensão, é possível verificar que a privacidade e a intimidade têm interações e consequências no contexto social. Assim, o direito de privacidade e da intimidade são direitos de personalidade, isto é, “são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL, 2012, p. 247).

Fiuza (2010, p. 172-3) caracteriza os direitos de personalidade, como sendo:

São caracterizados por serem genéricos (concedidos a todos), extrapatrimoniais (desprovidos de conteúdo econômico), absolutos (ou exigíveis erga omnes), inalienáveis (intransferíveis a terceiros, em regra), necessários (todos os homens deles são titulares necessariamente, ex vi legis), prementes (pois se sobrepõem a todos os demais direitos subjetivos), essenciais (inerentes ao ser humano), irrenunciáveis (a eles não se pode renunciar) e imprescritíveis (não há prazo para exercício).

Pelas características descritas, observa-se que são direitos personalíssimos componentes da integridade moral e, portanto, direitos sociais. Conforme Simões (2013), os direitos sociais são instituídos, no Texto Constitucional, como sendo parte integrante dos direitos fundamentais. Todavia, são sociais, diferentemente dos direitos fundamentais, asseguram acesso a um bem social, como: saúde, educação, moradia, lazer, entre outros. E também são individuais, individuais homogêneos,

coletivos e difusos, conforme os requisitos instituídos nos respectivos direitos de acesso.

Belmonte (2012) explica que o segredo é direito garantido pelo texto constitucional, diz respeito aos aspectos da intimidade e da vida privada que a pessoa não quer ver revelados, abarcando também as confidências, os diários, e recordações pessoais, os dados pessoais e as afeições.

Conceitualmente, pode-se dizer, portanto, que à privacidade consiste na capacidade de todo e qualquer indivíduo de impedir a intromissão de outra pessoa em aspectos da vida particular e familiar, como também o acesso a informações pessoais que não quer que se torne de conhecimento público.

A privacidade pode ser analisada de forma ampla, abarcando toda expressão da intimidade, vida privada e até mesmo da personalidade da pessoa, como bem assinala Cunha Júnior (2011, p. 661) que ela representa o direito de ser “deixado em paz, direito de estar só”.

Para Farias (2010) o direito à privacidade possui duplo caráter, sendo direito fundamental e ao mesmo tempo direito da personalidade, é composto pelos direitos que se constituem no conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, desde o seu nascimento até a sua morte.

Portanto, a privacidade está ligada aos relacionamentos de ordem social e familiar, consoante aos ensinamentos de Calvo (2009) que preleciona que ela representa uma forma de exteriorizar a intimidade, em locais onde a pessoa esteja ou se sinta protegida da interferência de estranhos.

Verifica-se que a privacidade de uma pessoa serve para que ela possa se opor a divulgação da sua vida privada, ou seja, resguardar os acontecimentos de sua vida.

A Constituição Federal de 1988, tratando da proteção da intimidade do indivíduo, determina que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na família, no seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Desse modo, a intimidade é, conforme Feraz (2012, p.79): “[...] no âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros”.

Para Silva (2010) a intimidade abrange, no sentido mais restrito da exclusão do conhecimento de terceiros sobre dados pessoais, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e o segredo profissional.

Portanto, o direito à privacidade e a intimidade está amparado na Constituição de 1988, art. 5, inciso X, CF e no art. 20 e 21 do CC, por isso, esse direito encontra-se subsumido ao âmbito do direito privado, contudo mantendo-se uma estreita relação com a categoria dos direitos da personalidade, ambas pertencem ao plano do direito.

Como diz Bucar (2013, p. 12) “o desafio da privacidade, como asseguradora do livre desenvolvimento da vida privada, é fornecer à pessoa subsídios para o controle de informações que ela pretende manter ao seu alcance”. Logo, tanto o direito à privacidade quanto o direito à intimidade são uma espécie dos direitos de personalidade do indivíduo e deve ser reconhecido como tal, por isso compreende um direito humano fundamental assegurado, a fim de não ser revelados aspectos pessoais da intimidade a terceiros.

Assim, ofende o direito à vida privada quem desnuda os seus aspectos; o direito à intimidade quem se intromete nos aspectos da vida íntima de outrem; e, o direito ao segredo ou sigilo de correspondência quem revela acontecimentos da privada ou da vida íntima de outrem.

No entendimento de Moraes (2006, p. 528) o direito à privacidade refere-se a:

[...] à convivência entre pessoas humanas, delimitadas por três esferas concêntricas e sobrepostas. Há a esfera mais ampla, a social, na qual os indivíduos procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma sociedade, abarcando os fatos que são suscetíveis do conhecimento de todos. Já na esfera privada, menos ampla que a primeira, as pessoas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma comunidade, tendo em vista que naquela participam indivíduos que conhecem determinados segredos da pessoa e desta fazem parte na vida cotidiana, excluindo-se, em geral, apenas a coletividade, que fica fora dos limites dessa esfera. Por fim, há a terceira esfera, a mais restrita, a esfera individual ou íntima, na qual os indivíduos procuram satisfazer os seus interesses isolados do grupo social, constituindo o âmbito da vida no qual o indivíduo pode manter-se em total segredo diante da coletividade e das pessoas de seu convívio e onde a proteção se dá de forma absoluta.

Portanto, a privacidade está ligada aos relacionamentos de ordem social e familiar, consoante aos ensinamentos de Calvo (2009) que preleciona que ela representa uma forma de exteriorizar a intimidade, em locais onde a pessoa esteja ou se sinta protegida da interferência de estranhos.

Pontes Miranda (2012) também declara que a pessoa tem o direito de guardar sua intimidade, ou seja, de conservar em sigilo aquilo que ela acredita ser pessoal, a fim de não permitir que sua vida seja exposta a outrem, portanto, protegendo da curiosidade pública.

Como visto, a intimidade refere-se ao direito ao segredo pessoal ou de não ter certos aspectos íntimos de sua personalidade conhecidos por outras pessoas.

Segundo Ribeiro (2011, p. 29):

O direito à intimidade, ou à privacidade, surge como projeção de um direito especial dentre os direitos de personalidade: é o direito de cada indivíduo de excluir do conhecimento público ou de certo número de pessoas fatos, dados ou acontecimentos que considere ser de sua esfera estritamente pessoal ou familiar.

Mello (2013, p. 45) entende que também que à intimidade, via de regra, resguarda a *vertrauensphäre* (esfera da intimidade) do indivíduo. Assim o direito à intimidade, assim como os direitos à vida e à integridade física e moral, sobre as partes destacáveis do corpo e sobre o cadáver, à liberdade, à honra, à identidade pessoal e ao nome e o autoral são direitos da personalidade.

Assim, tanto o direito à privacidade quanto o direito à intimidade são uma espécie dos direitos de personalidade do indivíduo e deve ser reconhecido como tal, por isso envolve um direito humano fundamental garantido, a fim de não ser revelados aspectos pessoais da intimidade a terceiros (ALVARENGA, 2010).

4.6 Legalidade da Interceptação Telefônica

Durante muito tempo existiu uma calorosa discussão, tanto na doutrina como na jurisprudência, a respeito da legitimidade da interceptação telefônica, mesmo quando concedida pelo judiciário, haja vista a falta de uma regulamentação da matéria, pois advogam alguns doutrinadores que ela fere o direito à intimidade da pessoa, entrando em colisão com os princípios constitucionais e os direitos e as garantias fundamentais e individuais.

Importante salientar que anteriormente a Constituição de 1988 a interceptação telefônica era expressamente proibida, as Constituições anteriores, exceto a de 1937, não a acolheram, pois era assegurada a toda pessoa “à

inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas” (art. 153, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Com o Código de Telecomunicações, ela foi regulamentada, como se observa no art. 57, II, “o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”, em que se estabeleceu a não constituição da violação de telecomunicações (ZORZAN, 2014).

Por sua vez, o Código de Processo Penal determinou várias exceções para a possibilidade da violação do sigilo da correspondência e das comunicações. Em virtude do exposto, aumentaram-se as discussões e divergências na doutrina e jurisprudência a respeito da constitucionalidade da interceptação telefônica.

A esse respeito comentam Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2009, p. 178):

Em rumoroso caso judicial, ocorrido em São Paulo, foi discutida pelo tribunal de Justiça a conduta de juiz que, a pedido da autoridade policial, havia autorizado interceptação telefônica, com fundamento no código de Telecomunicações. Após parecer de Damásio de Jesus, favorável a ordem judiciária, a representação foi arquivada, considerando-se lícita à ordem de interceptação (Repres. 006.336/87 TJSP). Ademais, em decisão do Supremo Tribunal Federal STF, que determinou o desentranhamento dos autos, do resultado de interceptação telefônica por ilicitamente realizada, o Min. Aldir Passarinho fez alusão aos mencionados dispositivos do Código de Telecomunicações como possivelmente adequados para legitimar as escutas em caso de crimes particularmente graves, como os de extorsão mediante sequestro (RTJ 122/47).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi assegurado o sigilo das telecomunicações, art. 5º, inciso XII, preceituando a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e 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.

Conforme Vasconcelos (2011) buscou superar a polêmica instaurada no texto constitucional anterior assegurou a “inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salientando as garantias de intimidade, honra e dignidade da pessoa humana”. Contudo, o legislador não o fez:

[...] de maneira absoluta, prevendo, no bojo da disposição em que previu o direito em questão, uma exceção condicionada à apreciação judicial e aos fins de investigação criminal ou instrução processual penal, cuja disciplina legal foi designada à legislação infraconstitucionalmente (VASCONCELOS, 2011, p.3).

Mas foi a Lei de interceptação telefônica nº 9.296/96 que regulamentou o art. 5º, inciso XII, da referida Constituição, preceituando a aplicação da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Sem, contudo, violar o direito à intimidade, como já observado no item anterior, pertence aos direitos da personalidade e, como tal, tem como finalidade resguardar a dignidade da pessoa humana e impedir as intromissões ilícitas externas (MORAES, 2006).

Nesta perspectiva, a interceptação telefônica desponta como um instrumento para ser utilizado como prova no processo penal, sem, contudo, violar o direito à intimidade. Ressalta-se que, o exercício deste direito deve estar condicionado à convivência em sociedade, e não para acobertar práticas ilícitas. Portanto, no entendimento doutrinário, o direito à intimidade deve estar está associado à ideia de interesse maior, ou seja, em prol da sociedade.

Por conta disso, a interceptação telefônica encontra respaldo quando aplicada como “meio para tentar provar em juízo, fatos ocorridos a fim de que possam ser usados em benefício da parte” (ZORZAN, 2014, p. 2). Logo, ela ganha relevância como medida eficaz no Direito Processual, uma vez que seja realizada nos moldes da lei que a disciplina e com a observância do disposto no art. 5º, XII, da CF/88, obedecendo às exigências e os requisitos impostos legalmente, a intromissão na vida privada das pessoas é, acaba por ferir os direitos e garantias fundamentais. Portanto, as interceptações telefônicas podem ser consideradas lícitas quando obedecerem aos critérios estabelecidos pela lei, mas também pode ser ilícitas, quando violarem tais critérios.

Diante do exposto, o direito ao sigilo de correspondência e comunicação e a sua relativização vem ocupado um ambiente apreciável nas decisões doutrinárias e no cotidiano dos tribunais pátrios. Assim, os Tribunais Brasileiros, visando resguardar o direito à intimidade, permitem as interceptações telefônicas, desde que respeitados os requisitos elencados pela legislação vigente, conforme se verifica em decisões que deferiram ou não essa interferência, conforme alguns doutrinadores constitui violação de direito fundamental:

EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o

demandarem. Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). Alegada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente. Questão não submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância não admitida (Ordem parcialmente conhecida e denegada HC 106129 MS. Relator: Min. DIAS TOFFOLI Julgamento. 06/03/2012 Órgão Julgador. Primeira Turma. DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012).

A Lei nº 9.296/96 autoriza a interceptação por um prazo de 15 (quinze) dias, podendo este ser prorrogável por mais 15 (quinze) em alguns casos, perfazendo um total de 30 (dias) dias consecutivos. No presente caso, somou-se o prazo estabelecido pela referida lei em virtude da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa.

Entretanto, foi verificado que, no caso em questão, a interceptação telefônica não foi realizada com a observância do art. 5º da lei 9.296/96, ferindo também o que reza o art. 5º, X e XII da Constituição Federativa vigente, haja vista que não existe fundamentação legítima para tal interceptação, se apoiando as autoridades policiais em suposta “denúncia anônima”.

Considerando-se que a decisão que concede a interceptação deverá ser bem fundamentada, sendo o prazo estabelecido de 15 (quinze) dias, foi requerida liminar para a anulação da decisão combatida, considerada ilegal, que defere quebra do sigilo telefônico pelo prazo superior ao previsto em lei, extinguíram-se também as provas dela originadas.

Zorzan (2014, p. 6) analisando o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 comenta que:

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

Ademais, a Lei nº 9.296/96 indica o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a conclusão da diligência. Tal limite é necessário por se tratar de uma medida que restringe um direito fundamental. O juiz, ao analisar o pedido de violação ao sigilo telefônico, deve fixar o tempo que reputar adequado para alcançar o objeto da medida cautelar, sempre respeitando o limite legal. O prazo se inicia do primeiro dia em que ocorrer a captação da comunicação.

O prazo para que a autoridade policial termine a diligência, portanto é de quinze dias. Havendo a necessidade de prorrogação do prazo, no caso de não obtenção da prova necessária para a instrução do processo, poderá o juiz, a pedido da autoridade, com a concordância do Ministério Público, prorrogá-lo por mais quinze dias, podendo este se necessário ainda ser renovado, pois, a depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado

indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas.

A posição majoritária do STF e do Supremo Tribunal de Justiça - STJ indica que “a prorrogação pode ocorrer quantas vezes for necessária, desde que fundamentada (permanência dos pressupostos legais) a necessidade de cada renovação” (ZORZAN, 2014).

Outra decisão proferida pelo STJ/RJ em 19 de maio de 2011, referente ao HABEAS CORPUS Nº 185.999 - RJ (2010/0175738-6), diz respeito:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INDÍCIOS DE SUPRESSÃO DE TRECHOS. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. AMPLA DEFESA. CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tendo a defesa requerido a oitiva de perito e a realização de perícia técnica antes do encerramento da instrução criminal e tendo sido determinada a instauração de inquérito policial para apurar a ocorrência do crime tipificado no art. 10 da Lei nº 9.296/96, ante a existência de indícios de que as interceptações telefônicas teriam sido realizadas sem ordem judicial, não há que se falar em preclusão quanto ao pedido para se verificar a autenticidade e integralidade das mencionadas interceptações telefônicas, eis que, diante de um quadro duvidoso acerca da licitude da aludida prova, a perícia requerida não se apresenta impertinente. 2. Se, no caso concreto, os fatos submetidos à instrução criminal possuem pontos sensíveis não esclarecidos, afigura-se necessária e pertinente a perícia suplementar, em homenagem à ampla defesa, devendo ser deferida para afastar qualquer dúvida acerca de eventual supressão de trechos de diálogos das interceptações telefônicas realizadas. 3. Habeas corpus concedido para assegurar ao paciente o direito de produzir prova pericial a fim de verificar a autenticidade e integralidade das interceptações telefônicas (HC 185.999/RJ, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011).

Conforme já salientando, no processo penal, sabe-se que toda prova admite contraprova, não se admitindo a sua produção sem que a outra parte tenha o conhecimento e a possibilidade de manifestação. Assim, a ampla defesa é um princípio que norteia o Direito Processual, por basear-se na proteção aos direitos fundamentais, garantindo ao acusado a plenitude da defesa.

A esse respeito, comenta Greco Filho (2009, p.58) que:

Não se pode sequer cogitar de prova que não seja sujeita ao contraditório, de forma que tem o acusado o direito de contrapor-se a ela, contraditá-la e fazer contraprova. Para isso, o acusado deverá ter ciência da prova na primeira oportunidade que houver após a sua realização. Se a prova foi realizada durante o inquérito, citado o réu, já poderá o acusado ou seu defensor ter acesso à prova para preparar sua defesa; se realizada durante a instrução processual, após a instauração da ação penal, portanto, o acesso será permitido assim que encerrada a diligência. Na fase de inquérito, se o suspeito ou indiciado desejar utilizar-se de instrumento de

tutela da liberdade, como, por exemplo, o habeas corpus, também terá direito de acesso à prova. Como já é sabido, o acesso ao apartado ou apenso pelo Ministério Público, o magistrado ou defensor deve sempre ser cercado da garantia de preservação do sigilo, inclusive para o futuro.

Portanto, entende-se que é importante considerar a permissão da ordem para afiançar a pessoa o direito da produção da prova pericial visando à verificação da legalidade e integralidade das interceptações telefônicas na denúncia.

Por fim, é importante acrescentar que, no caso em destaque, os fatos submetidos à instrução criminal possuem pontos duvidosos quanto à licitude da prova, pontos estes que não foram esclarecidos, por isso, faz-se necessário permitir a ampla defesa.

Vale destacar que, embora as interceptações telefônicas sejam utilizadas para fins de processo penal, alguns doutrinadores a entendem como violação de direito fundamental da intimidade, da privacidade e do sigilo; contudo outros doutrinadores entendem que as interceptações devem ser permitidas, desde que obedecidos às hipóteses elencadas pela legislação vigente.

Em síntese, é importante finalizar este capítulo colocando que o objetivo da interceptação telefônica é a constituição de uma prova, relativa a uma infração penal e sua autoria, partindo sempre do princípio garantista de a intimidade das pessoas é protegida constitucionalmente, por isso, limitou o legislador ao máximo a utilização dessa medida, determinada que ela só poderá ser utilizada para o fim de investigação criminal e instrução processual penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do tema ora em análise, ficou evidenciado que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XII, considera o direito ao sigilo das comunicações telefônicas uma garantia fundamental, ou seja: “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 e instrução processual penal”. Todavia, o legislador constituinte restringiu a quebra do sigilo telefônico às hipóteses de investigação criminal e instrução processual penal.

Com a promulgação da Lei 9.296/1996 passou-se a reduzir a utilização das interceptações telefônicas, salvo em algumas hipóteses, dentre elas, as de investigação criminal e instrução processual penal, sob a prescrição judicial, sob segredo de justiça. Não poderá ser concedida autorização para interceptação telefônica, quando esta tiver a produção de prova em processo, do contrário corre-se o risco de viola-se o inc. XII do art. 5º da Constituição Federal, bem como o direito à intimidade e a privacidade.

O art. 2º da referida não se admite a interceptação telefônica quando não houver indícios de autoria ou participação em crime e quando não houver outros meios probatórios para a formação da convicção do julgador ou investigador criminal.

Portanto, se a interceptação telefônica não estiver em consonância ao que preconiza inc. XII do art. 5º da citada Carta Constitucional estará violando a garantia da intimidade e privacidade, e por se tratarem de princípios constitucionais e garantias individuais representa um elemento garantidor da dignidade humana, cuja principal função é proteger todas as práticas de mau uso dos direitos.

Em se tratando dos direitos fundamentais, deve ser considerado o entendimento que tanto o princípio da intimidade, da privacidade, quanto à inviolabilidade de comunicação e correspondência devem ser garantidos, em cumprimento ao que determina o art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Em síntese, esse estudo caminhou para a investigação do tratamento dispensado às interceptações telefônicas pelo ordenamento jurídico pátrio, o qual lança mão deste recurso, com o intuito de provar certas práticas de infração penal quando esgotam-se outros meios disponíveis para a comprovação do delito, com a devida observância do que reza o texto constitucional, buscando, assim, proteger os

valores fundamentais para a manutenção da vida em sociedade, e sobretudo, combater à criminalidade.

Sendo assim, a interceptação deve ser realizada sempre que seu objetivo maior for comprovar infrações penais em curso para revelar fatos, obscuridades e mistérios antes ocultos, para que sejam solucionados.

Os aspectos descritos revelam a complexidade do tema e o porquê de o mesmo suscitar tantas controvérsias e discussão, uma vez que é de suma importância à utilização das intercepções telefônicas como prova no processo penal, visando coibir a criminalidade. Contudo, há de ressaltar a necessidade no uso desse recurso para solucionar os crimes.

Uma das principais finalidades das interceptações é combater à criminalidade, seja qual for sua natureza, entretanto, para que seja executada, faz-se necessário respeitar o Estado Democrático de Direito, haja vista as implicações éticas e morais que envolvem tal atividade, a qual não pode ignorar, além de direitos e garantias fundamentais, o que reza a Lei Suprema.

Portanto, a utilização da interceptação telefônica como prova no processo penal está subordinada à observância das condições determinadas pela Lei 9.296/96, visando o real cumprimento da investigação criminal ou instrução processual penal em que a interceptação telefônica foi determinada.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Z. da. **Os limites do poder fiscalizatório quanto ao monitoramento do correio eletrônico**. 2010. Disponível em: <www.jurisway.com> acesso em 23 de abr./ 2015.

AMARAL, Cláudio do Prado. Princípios penais – da legalidade à culpabilidade. **Revista do IBCCRIM**. São Paulo, v. 24, 2012.

AVENA, Paulo. **Interceptação telefônica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica**. São Paulo: LTr. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República (1988)**. São Paulo: Ridiel, 2005.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em 20 abr./2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em 20 abr./2015.

BORBA, Sirlene. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. Disponível em: <http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/pc-Principios_Processo_Civil.doc>. Acesso em 18 de nov./2014.

CALVO, Adriana. **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Revisada e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Ana Carolina Assis. **Crimes virtuais: análise da prova**. 2010. Disponível em< <http://pt.scribd.com/doc/66896481/13/A-prova-no-direito-processual-penal>> Acesso em 20 abr./2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Bahia: Jus Podivm, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito**: funções e classificação. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014.

DIDIER, Jr Fredie. **Curso de Direito processual civil**. Salvador-Bahia: Jus Podivm, 2012.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

FIGUEIREDO, Julina. **Videoconferência no processo penal**. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2012.

FIGUEIREDO, A. S. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Parte Geral. Culpabilidade e teoria da pena. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flavio e Raúl Cervini. **Interceptação Telefônica, Lei 9.296, 24.07.1996**. São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Vol. II. Niterói/ Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, E. Douglas. **Privacidade e intimidade no direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo; TEIXEIRA, Gabriel Haddad. **Interceptação telefônica como meio secundário de investigação**. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147850,81042>> Acesso em jan./2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. São Paulo: Universitária de Direito, 2010.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **A monitoração audiovisual e seu valor probante**. São Paulo: LTr, 2011

SANSEVERINO, Milton. **Procedimento sumaríssimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, O. **Princípios gerais do direito processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÕES, Bruno César Ribeiro De. **O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil, 2013.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção Constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. SP: LTr, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ; José Rogério Tucci. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011.

ZORZAN, Gilcinéia. Interceptação telefônica: questões especiais da Lei nº 9.296/96. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4269, 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31577>>. Acesso em: 2 maio 2015.