



INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Ronaldo Sebastião Virgílio Júnior¹; Denise de Souza Ribeiro²

1- Formando do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Itapira; 2- Coordenadora e docente do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Itapira

Contato: deribeiro@mpc.com.br

RESUMO

Prevista na Constituição Federal (Artigo 5º, XII) e consolidada por meio da lei 9.296/1996, a interceptação telefônica consiste em uma intervenção, em tempo real, no conteúdo da comunicação alheia realizada através de aparelhos telefônicos, telemáticos ou de informática. O procedimento, entretanto, fere uma importante garantia fundamental: a intimidade. Dessa forma, para preservar sua licitude é necessário preencher a risca todos os requisitos estampados na legislação. Da interceptação telefônica pode, ainda, decorrer a serendipidade, conceituada como o encontro fortuito de provas ou de terceiros, coautores ou partícipes, desconhecidos na investigação sob a qual recaia a intervenção. Assim, o objetivo dessa pesquisa baseia-se na análise dos principais aspectos jurídicos do instituto, atentando-se aos requisitos e procedimentos legais, bem como à importância prática do instituto atualmente frente ao combate à corrupção no país.

Descritores: direito processual penal; provas; procedimentos; serendipidade.

ABSTRACT

According to the Federal Constitution (Article 5th, XII) and consolidated by law 9.296 / 1996, telephone interception is a real-time intervention in the content of other people's communication through telephone, telematic or computer equipment. The procedure, however, hurts an important fundamental guarantee: intimacy. Thus, in order to preserve its lawfulness, it is necessary to fulfill strictly all the requirements set forth in the legislation. Telephone interception may also lead to serendipity, considered as the fortuitous meeting of evidence or of third parties, coauthors or participants, unknown in the investigation under which the intervention falls. Thus, the objective of this research is based on the analysis of the main legal aspects of the institute, considering the legal requirements and procedures, as well as the practical importance of the institute currently facing the fight against corruption in the country.

Keywords: Criminal Procedural Law; evidences; procedures; serendipity.

Artigo recebido em 13/06/2016; aprovado em 06/07/2016.

CONSCIESI - Revista Científica do Instituto de Ensino Superior de Itapira – IESI

www.consciesi.com.br / www.iesi.edu.br



INTRODUÇÃO

Constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso XII da Carta Magna de 1988 e sedimentada por meio da lei nº 9.296/1996, a interceptação telefônica ganha um papel relevante no momento jurídico e político atual, sendo um dos mais polêmicos e utilizados institutos no combate à corrupção no cenário brasileiro contemporâneo. O instituto consiste em um dos meios de provas admitidos no âmbito das investigações criminais e do processo penal brasileiro no qual um interceptador capta, em tempo real, o conteúdo da comunicação telefônica entre dois ou mais interlocutores, sem o consentimento deles ou, pelo menos, sem o consentimento de um dos interceptados, a fim de buscar sustentáculo para uma eventual persecução criminal.

Em função de suas características invasivas, a interceptação telefônica deve ser considerada um meio de restrição, de mitigação à proteção constitucional à privacidade e à vida privada, com a finalidade exclusiva de produzir prova no âmbito do processo penal e das investigações de cunho criminal, observando sempre a lei 9.296/96, instrumento legislativo que prevê inúmeros e rigorosos procedimentos, a fim de garantir a licitude da interceptação e viabilizar a obtenção da verdade, sem máculas, através deste importante instituto do direito processual penal.

Destarte, o objetivo da pesquisa é analisar e apresentar os principais aspectos jurídicos da interceptação telefônica grafados tanto na Constituição Federal, quanto na legislação ordinária, atentando-se às facetas contemporâneas do instituto exaustivamente utilizado no âmbito das investigações nacionais frente ao combate à corrupção no Brasil, dando ênfase, também, às situações fáticas que dela decorrem, como por exemplo, a serendipidade.

Conceito e objeto

Interceptação telefônica, meio de prova admitido no processo penal e nas investigações criminais, consiste em uma intervenção em tempo presente, autorizada judicialmente, no conteúdo da comunicação telefônica alheia, com o fim de dar suporte a eventuais ações penais. A expressão consagrada refere-se apenas às “comunicações telefônicas”, entretanto, o artigo 1º da lei 9.296/96, em seu parágrafo único, menciona outros meios de comunicação que podem ser objetos de interceptação, senão vejamos: “Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Por conseguinte, é nítido que a lei não se trata apenas das interceptações telefônicas propriamente ditas, ou seja, aquelas em que os interceptados se utilizam do telefone (fixo ou celular) para se comunicar, mas abrange também as comunicações por meios de informática e por meios telemáticos, amplamente utilizados em nossa sociedade, superando em números expressivos o antigo telefone. Um exemplo recente da inteligente abrangência do mencionado diploma legal é a operação “Expresso 150”, deflagrada pela polícia federal em meados de 2015, no Estado do Ceará, no qual o principal viés de investigação é a interceptação das conversas dos investigados no aplicativo de celular “WhatsApp”.

Ademais, a abrangência da lei demonstra que o legislador estava atento e preocupado com as iminentes evoluções da comunicação, tentando, assim, fazer com que o alcance da lei fosse extensivo aos meios de comunicação inovadores e de tecnologia avançada, evitando a desatualização da lei em um curto período de tempo. Após mais de vinte anos da promulgação da lei, a iniciativa se mostrou bastante acertada, pois, com o crescente e inimaginável avanço tecnológico nas comunicações a distância, o telefone propriamente dito foi deixado em segundo plano frente às comunicações por intermédio

de mensagens eletrônicas em aplicativos, bem como através de redes sociais, utilizando-se de recursos de informática e telemática para este fim.

Fundamento constitucional

A fundamentação constitucional da interceptação telefônica está prevista no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal do Brasil de 1988:

Artigo 5º (...) 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.

O dispositivo estabelece que será possível a violação de sigilo das comunicações telefônicas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Em outras palavras, a Constituição delegou para a legislação infraconstitucional a responsabilidade de prever as hipóteses nas quais será possível a utilização da interceptação telefônica, bem como as formas pelas quais se efetuará a medida e os procedimentos a serem respeitados. Nesse sentido, a lei 9.296/96 encarregou-se do mencionado ônus no decorrer de seus 12 artigos.

O texto constitucional também prevê expressamente a necessidade de uma ordem judicial prévia autorizando o procedimento da interceptação telefônica lícita, devidamente fundamentada pelo juízo competente. Nestas situações, quando a medida pretendida depende exclusivamente de ordem judicial para sua efetivação, sob pena de macular a licitude do procedimento, diz-se que o objeto se submete à cláusula de reserva jurisdicional, que em outras palavras, pode ser definida como a competência constitucional exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para sua autorização. A norma, em regra, tem aplicação imediata, não sendo possível a realização de uma interceptação telefônica sem a prévia e

fundamentada autorização judicial do juízo competente; no entanto, há exceções relevantes quanto a esse dispositivo.

Consoante os artigos 136, §1º, inciso I, alínea “c” e 139, inciso III, ambos da Constituição de 1988, a restrição ao direito do sigilo telefônico, telegráfico, de correspondência pode ser violado sem que haja prévia autorização judicial nos casos de decretação e manutenção do Estado de Defesa ou do Estado de Sítio, de competência do Presidente da República na forma e nas hipóteses que a lei maior estabelecer.

Por fim, a finalidade da interceptação telefônica, como estabelece o texto constitucional, é a investigação de fatos no âmbito exclusivamente penal, ou seja, apenas pode se interceptar as comunicações telefônicas de outrem em sede de investigação criminal ou no curso do processo penal.

Desta forma, além de necessitar de uma ordem judicial prévia e fundamentada do juízo competente para a realização da interceptação telefônica, o fato deste instituto ser limitado ao âmbito criminal faz com que qualifiquemos a referida cláusula de reserva do poder judiciário no que tange à matéria. Concluindo, “tem-se a típica reserva legal qualificada, na qual a autorização para intervenção legal está submetida à condição de destinar-se à investigação Criminal ou à instrução processual-penal” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 750).

Aspectos procedimentais

O primeiro ponto importante a se verificar no que tange à interceptação telefônica se refere à iniciativa do procedimento. Durante a investigação criminal, a medida pode ser determinada pelo juízo competente de ofício ou mediante representação da autoridade policial, bem como por meio de requerimento do Ministério Público. Cumpre ressaltar que, na hipótese de representação da autoridade policial, será necessária a prévia oitiva do

membro do Ministério Público acerca do tema, haja vista ser este o detentor da *opinio delicti* - convicção do *parquet* quanto à existência e veracidade dos fatos, necessária à apresentação da Denúncia.

Lado outro, no curso da ação penal, nos termos do artigo 3º, inciso II da lei 9.296/96, o procedimento pode se iniciar mediante requerimento do membro do Ministério Público, bem como *ex officio* pelo magistrado competente para a instrução processual. Não obstante, em que pese não haja previsão legal, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante manifestam-se no sentido de que a interceptação telefônica também pode se iniciar, tanto durante as investigações criminais, quanto no curso processual, pelo ofendido, representado por advogado, ora na condição de querelante, ora na condição de assistente da acusação, com fundamento no artigo 271 do Código de Processo Penal, que lhe confere o direito a produzir provas.

Os requisitos legais que necessariamente deverão ser preenchidos para que haja a possibilidade de decretação da interceptação telefônica estão previstos na lei 9.296/96, em seu artigo 2º, senão vejamos:

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

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

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

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

O inciso I, do artigo 2º da lei 9.296/1996 estabelece a necessidade de se haver, no mínimo, indícios razoáveis de autoria ou de participação do investigado em infrações penais. Nota-se que o legislador exige, para a efetiva interceptação telefônica, indícios razoáveis, ou seja, não se exige provas concretas e definitivas capazes de se afirmar com certeza sobre a autoria ou participação no delito por parte do investigado, apenas meros indícios já são suficientes. Entretanto, os

indícios devem plausíveis, o que nos permite afirmar que devem guardar compatibilidade, lógica e proporcionalidade entre si, que justifiquem a restrição ao direito fundamental à intimidade previsto na Constituição Federal de 1988.

Como consequência prática, é certo afirmar que está vedada a chamada interceptação telefônica em prospecção, entendida como a que não se relaciona com qualquer infração penal, sem qualquer base empírica, sem a existência de qualquer indício de autoria ou participação do interceptado em alguma infração penal. Nesse sentido, é correto também dizer que não é possível a decretação de uma interceptação telefônica baseada única e exclusivamente em denúncias anônimas ou apócrifas.

Buscando proteger o direito fundamental à intimidade e à vida privada dos particulares, bem como baseado no princípio da proporcionalidade, o legislador define expressamente que a utilização do meio de prova em questão deve ser concretizada como *ultima ratio*, como medida excepcional, como medida subsidiária. Neste segmento, caso o magistrado verifique que a prova pretendida ou necessária à elucidação dos fatos no âmbito penal possa se dar através de outros meios senão a interceptação telefônica, esta deve ser de plano indeferida, evitando a banalização do instituto, que viola de forma acentuada uma garantia particular constitucionalmente protegida.

Por fim, O artigo 2º, em seu inciso III, de forma indireta, estabeleceu como um dos requisitos para a violação da intimidade alheia que o crime objeto da investigação seja apenado com reclusão. Em outras palavras, inadmissível a interceptação telefônica quando se tratar de crimes ou contravenções apenadas com detenção ou prisão simples, respectivamente, bem como não pode ser utilizados nas investigações de ilícitos civis ou administrativos.

Por força do artigo 5º da lei 9.296/96, a interceptação poderá ser decretada mediante

decisão fundamentada pelo juízo competente e não poderá exceder o prazo máximo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, desde que haja comprovação da indispensabilidade da continuidade do meio de prova.

No que diz respeito às sucessivas prorrogações, nota-se uma divergência jurisprudencial e doutrinária acerca do tema. Ocorre que a lei não traz qualquer limite às renovações do prazo da interceptação, contudo, não podemos afirmar que, à revelia da lei, admite-se a interceptação telefônica *ad perpetum*. Os tribunais superiores atribuíram à proporcionalidade o dever de avaliação quanto ao uso indiscriminado e ofensivo da medida. O princípio da proporcionalidade mostra que, avaliando a cada caso concreto, teremos a capacidade de avaliar se o íterim de duração da medida torna-a ou não ilegal.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, é possível que haja sucessivas prorrogações do prazo da interceptação, desde que devidamente fundamentadas a cada prorrogação, em casos, por exemplo, de grande complexidade, com um número elevado de crimes ou pessoas investigadas, baseado na gravidade do delito, entre outras hipóteses.

Da serendipidade

O instituto da serendipidade, ou o encontro fortuito de provas, é amplamente discutido e utilizado no âmbito das interceptações telefônicas. A serendipidade consiste no encontro fortuito, ou seja, inesperado, de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto das investigações, ou de pessoas, coautoras ou partícipes, ainda desconhecidas pela investigação criminal.

Por vezes, no decorrer de determinada interceptação telefônica com o objetivo de apurar infração penal relativa a certo investigado, os responsáveis técnicos pela interceptação se deparam com outras provas ou outras fontes de provas referente a delito

distinto do originalmente investigado, atribuído ao mesmo investigado ou, ainda, a pessoa diversa, ainda desconhecida pelos investigadores, por exemplo: O juiz competente defere a interceptação telefônica para investigar o suposto chefe do tráfico de entorpecentes daquela região; durante o procedimento, descobre-se a participação, no crime de tráfico de drogas, de outras pessoas desconhecidas na investigação, bem como se revela a existência de outros crimes, conexos ou não àquele fato delituoso originalmente investigado, como por exemplo a comercialização ilícita de armamentos proibidos.

Entretanto, duas situações específicas quanto à serendipidade se destacam e merecem alguns breves comentários, quais sejam: a serendipidade incidente sobre o advogado e a proteção do seu sigilo profissional e a serendipidade que recaia sobre pessoa detentora de foro por prerrogativa de função.

O artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece, em outras palavras, que é direito inerente à profissão do advogado o sigilo e a inviolabilidade de suas comunicações telefônicas com seu cliente – entre outras situações protegidas pela lei –, desde que relativas ao exercício profissional, *in verbis*:

Assim, quando de uma interceptação telefônica, em meio a todo o conteúdo interceptado, é comum se encontrar conversas entre o investigado e seu próprio advogado com conteúdo referente aos delitos investigados. Ademais, a fim de garantir a eficácia e validade da norma supramencionada, qual seja, o sigilo profissional, bem como a fim de garantir a ampla defesa do acusado, inadmissível como prova a gravação de conversa entre o interceptado e seu advogado, desde que seja no estrito cumprimento do dever profissional, não maculando o restante das gravações advindas daquela interceptação telefônica.

Portanto, caso haja, por coincidência, a gravação das conversas entre interceptado e

seu advogado nos autos, advindas de interceptação telefônica lícita, estas não poderão ser utilizadas como prova, mas não terão força de invalidar as demais gravações, devendo, se for de sua vontade, as partes interessadas, requerer a inutilização daquele trecho, nos termos do procedimento de inutilização de gravações. Lado outro, caso seja constatada a participação do próprio profissional, o advogado, nos crimes investigados, sendo este revestido da qualidade de autor, coautor ou partícipe do crime, cairá por terra toda proteção profissional, haja vista ser inadmissível que qualquer pessoa invoque proteção legal a fim de ocultar ou facilitar o cometimento de ilícitos.

No que se refere ao foro por prerrogativa de função – uma garantia atribuída a pessoas detentoras de determinados cargos em função da relevância da posição social por si ocupada – não restam dúvidas que o juízo competente para decretar a interceptação telefônica de pessoas detentoras dessa garantia é aquele atribuído por lei. A polêmica se debruça acerca da ocorrência da serendipidade que envolva referidas pessoas e, nesses casos, a jurisprudência majoritária estabelece que a autoridade responsável deve informar de plano a ocorrência desta específica serendipidade e, o magistrado atuante, deverá remeter os autos ao juízo constitucionalmente competente a fim de que o órgão atue conforme as providências legais cabíveis, sob pena de nulidade da prova.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da interceptação telefônica assume no momento político, jurídico e econômico nacional contemporâneo, um papel de suma importância frente às ações de combate as corrupções e à criminalidade. Com respaldo constitucional, seus principais procedimentos estão previstos na lei 9.296/96 e, com o advento das novas tecnologias que tomaram conta do cotidiano das pessoas,

tornou-se alvo de inúmeros questionamentos e polêmicas.

Por ferir um dos preceitos fundamentais garantidos pela Carta Magna de 1988, a intimidade, a interceptação telefônica deve seguir à risca e cumprir a contento todos os procedimentos e requisitos elencados no ordenamento jurídico, como ordem judicial, prazos e suas renovações, sigilo, entre inúmeros mais, sob pena de ilicitude da prova.

Portanto, o objetivo primordial da pesquisa fora atingido, a fim de explanar as principais características da interceptação telefônica, abordando também os temas doutrinariamente controversos, sem deixar de lado o importante posicionamento jurisprudencial dos principais tribunais brasileiros, uniformizando e regulando o meio de prova em questão.

Por fim, há muito ainda a se discutir sobre o tema, cuja importância se revela no dia-a-dia brasileiro, estampando os principais jornais, como um meio de prova atualíssimo, fundamental no combate à criminalidade, sempre, claro, que revestido da licitude que a lei lhe atribui quando utilizado com proporcionalidade, responsabilidade social, respeito às instituições e ao ordenamento jurídico e principalmente, sem nos olvidar do objetivo principal de toda norma jurídica: a paz social.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – v. 4 Legislação Penal Especial**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Em que consiste a interceptação telefônica prospectiva?**; Jus Brasil - LFG; disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/75083/em-que-consiste-a-interceptacao-telefonica->

prospectiva-marcio-pereira> Acesso em 10/10/2016, 16:45:35.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas;** Jus Brasil - LFG; disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>> Acesso em 28/09/2016, 14:29:15.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. **Interceptação Telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996.** São Paulo. RT, 2013.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais Para Concurso.** 12ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

Os autores declararam não haver qualquer potencial conflito de interesses referente a este artigo.
