

FACULDADES SÃO JOSÉ

CURSO DE DIREITO

ALESSANDRA DE SOUZA RIBEIRO MARIANO

VINICIUS LUIZ DOS SANTOS

Prof. Orientador Sergio Mouta.

**A UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ÂMBITO DO
PROCESSO PENAL.**

Rio de Janeiro,

2019

A UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL.

Alessandra de Souza Ribeiro Mariano
Vinicius Luiz dos Santos

Orientador prof. Sergio Mouta

RESUMO

Esse trabalho aborda a utilização da interceptação telefônica que é um meio utilizado nas investigações criminais. Será dado enfoque na Lei 9.296/96 que regula a interceptação com o intuito de se compreender o momento de utilizá-la bem como em quais situações ela poderá ser requerida, pois a interceptação telefônica servirá de prova que em muitos casos contribui a encontrar a verdade e desvendar o caso. Entender o conceito de prova se faz necessário para que não se infrinja a lei. No caso da interceptação telefônica será visto que acontecerá somente por ordem judicial conforme conta no art. 5º dos direitos fundamentais. Assim é importante conhecer e estudar os casos para que não haja violação no direito do cidadão em manter sua privacidade e sigilo quanto às trocas de informações via meios de comunicação. Esse trabalho de conclusão de curso será baseado na técnica de documentação indireta abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, artigos de revistas, legislação, jornais e web sites, que tratam do assunto em questão de modo a comprovar todas as premissas apontadas no seu tramitar.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Investigações criminais. Prova.

ABSTRACT

This term paper addresses the use of telephone interception that is a means used in criminal investigations. It will focus on Law 9.296 / 96 that regulates interception in order to understand the timing of using it as well as in what situations it may be required, since telephone interception will serve as evidence that in many cases contributes to finding the truth and unravel the case. Understanding the concept of proof is necessary in order not to violate the law. In the case of telephone interception, it will be seen that it will happen only by judicial order as stated in art. 5 of fundamental rights. Thus it is important to know and study the cases so that there is not violation of the citizen rights to of the citizen to maintain his privacy and secrecy regarding the exchange of information through the media. This course completion term paper will be based on the indirect documentation technique covering documentary and bibliographic research, journal articles, legislation, newspapers and web sites, which deal with the subject in question in order to prove all the premises pointed out in its processing.

Key-words: Telephone Interception. Criminal investigations. Proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
Fundamentação Teórica.....	5
1.Uma intervenção necessária: interceptação telefônica.....	11
1.2 O que é interceptação telefônica?.....	12
2. Legalidade para as escutas telefônicas.....	13
3. Interceptação telefônica como Prova Penal.....	14
Metodologia.....	15
Considerações finais.....	17
Referências bibliográficas.....	18

HIPÓTESE

Pretende-se com o projeto de pesquisa responder a seguinte questão: a interceptação telefônica é uma prova lícita mesmo considerada sem ordem judicial?

Diante a hipótese apresentada, esse trabalho irá pesquisar e fazer uma análise sobre o uso da interceptação telefônica como meio de prova no processo onde para uma melhor compreensão, serão destacados conceitos que irão esclarecer o uso da interceptação telefônica sempre observando sua legalidade.

O termo "interceptação telefônica" é parte integrante de um tipo penal, devendo o seu conceito ser fixado para se dar a correta aplicação ao crime referido.

A liberdade humana sempre foi tema permanente no Direito, o que se percebe sendo violado quando uma interceptação acontece sem o seu conhecimento ou até sem ordem judicial, mesmo que uma das partes envolvidas tenha infringido a lei. Nesse caso, ainda assim, essa interceptação poderá ser usada como prova?

Dentre os direitos conquistados, o da intimidade, por ser um dos mais recentes, merece tutela toda especial.

Diante do exposto este projeto tem como problemática uma questão importante, de um lado se tem a possibilidade de sanar um problema, se utilizando da interceptação telefônica como prova lícita em favor da Lei e de outro o uso da mesma sem ordem judicial que levanta a seguinte hipótese: continuará servindo como prova.

INTRODUÇÃO

O tema em consoante será abordado inicialmente a partir de uma análise sobre a lei 9.296/96. Lei esta que regula a Interceptação Telefônica e concomitantemente, será realizada uma abordagem no conceito de prova, sua história e as teorias da mesma.

A proposta na realização de pesquisar esse tema tem sua relevância por reconhecer que a Interceptação Telefônica é uma ferramenta de investigação que tem como objetivo colher provas para um eventual processo penal. Tal ferramenta, quando bem utilizada, é uma excelente arma contra, por exemplo, a criminalidade, especialmente contra o crime organizado.

Trata-se de um tema instigante, com extensa literatura, que reúne opiniões dissonantes entre advogados a promotores implacáveis no combate à criminalidade, envolvendo o direito criminal e processual, além do direito constitucional, uma vez que a intimidade é valor constitucionalmente protegido.

O problema da pesquisa constitui-se, basicamente, no aspecto de se verificar detalhes, acerca da disciplina das interceptações telefônicas, e em quais situações é possível admiti-las com prova, na esfera de um processo criminal.

Será dado enfoque também nas causas impeditivas da prova, o momento que poderá ser requerida e sua legitimidade.

A análise de artigos da Constituição Federal de 1988, de várias obras doutrinárias, e de algumas jurisprudências atinentes ao tema em questão será parte da estratégia de coleta de dados aptos a fornecer embasamento para o desenvolvimento do trabalho aqui proposto, o que foi realizado básica e fundamentalmente através de consultas em livros e revistas especializadas, além de incursões em endereços eletrônicos (Internet) que puderam oferecer auxílio.

Assim, também será estudada a constitucionalidade do tema em questão, procurando de forma proporcional justificar, frente às garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, através do seu artigo 5º, inciso XII que garante a inviolabilidade do sigilo das trocas de informações, sejam elas correspondências ou comunicações eletrônicas.

Assim, o presente trabalho de conclusão de curso será baseado na técnica de documentação indireta abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica em livros,

artigos de revistas, legislação, jornais e web sites, que tratam do assunto em questão de modo a comprovar todas as premissas apontadas no seu tramitar.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Este trabalho de pesquisa aborda um assunto importante, que merece atenção, pois ao mesmo tempo em que se faz necessário sua utilização em casos criminais, se faz necessário também demonstrar os limites legais e constitucionais da interceptação, para isso será abordada como fonte a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 da Constituição Federal como em seu Art. 1º que declara:

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

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

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
 - II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
 - III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
- Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Alguns princípios penais e processuais penais relacionados à produção de provas através da utilização da interceptação eletrônica também serão apresentados conforme base teórica de Bandeira de Mello (1996, p. 230) que declara a respeito da violação de princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema [...].¹

Percebe-se a importância dos princípios para a ciência jurídica. Os princípios gerais do direito são basicamente os alicerces do ordenamento jurídico, eles dão apoio ao Direito, respaldados pelo ideal de Justiça.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 230.

Podem ser conceituados ainda, como enunciados amplos, máximas ou assertivas, que servem como base para o legislador na criação de uma norma. São elementares da ciência jurídica e o ponto de partida do próprio Direito.

Quando é necessária a interceptação da comunicação telefônica e de dados é imprescindível que o pedido seja formulado ao magistrado competente para o julgamento dos alvos a serem interceptados.

Portanto, informações e solicitações diferentes, e que se faz necessário explicar cada uma delas, será fundamentada na lição de Andreucci (2011, p.439):

Interceptação telefônica: pode ser conceituada como sendo a captação de conversas telefônicas por terceiros e ocorre quando, em momento algum, os interlocutores têm ciência da gravação da conversa. Escuta telefônica: ocorre quando um dos interlocutores tem ciência da gravação realizada por terceiro. Gravação telefônica: é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Gravação da conversa por um dos interlocutores: é considerada prova lícita. Neste sentido, stj: rht 19136/mg, rel. Min Felix Fischer, j. 20-03-2007. Interceptação, escuta e gravação ambiental: seguem as mesmas regras da escuta telefônica, sendo entretanto pessoal e não por meio telefônico.²(ANDREUCCI, 2011)

Outra base teórica para fundamentação do tema estudado será as contribuições do jurista celso ribeiro de bastos (2000) que se refere ao princípio do devido processo penal como uma garantia concedida ao cidadão brasileiro contra as arbitrariedades do estado. É um princípio que tem por finalidade garantir que o estado não interferirá na liberdade ou nos bens dos cidadãos sem que tal medida esteja prevista em lei.

O princípio do devido processo legal está disciplinado no artigo 5º, inciso LIV da constituição federativa de 1988, onde diz que: “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nosso Código de Processo Penal traz expressamente os seguintes meios de prova:

Do exame do corpo de delito e das perícias em geral (disposto do artigo 158 a 184); do interrogatório do acusado (do artigo 185 ao 196); da confissão (encontrado no artigo 197 ao 200); do ofendido (artigo 201); da prova testemunhal (artigo 202 a 225); do reconhecimento de pessoas e coisas (artigo 226 a 228); da acareação (artigo 229 a 230); dos documentos (artigo 231 a 239); dos indícios (artigo 239), e a busca e apreensão (artigo 240 ao 250)

² ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação penal especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.439.

Para fundamentar a questão da prova seguiremos a ideia de tourinho filho que afirma meio de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo”.

Assim, provar é comprovar tudo aquilo que fora afirmado ou negado no processo. É a demonstração dos fatos alegados sobre o tema, Mirabete (2006) também esclarece que:

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos etc. 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. (MIRABETE,2006, p.252)

A interceptação telefônica é exceção ao direito da intimidade e como base teórica abordaremos a lei 9.296/1996 que apresenta os requisitos que comprovam que a mesma é prova lícita para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Luiz Flávio Gomes (1997) conceitua interceptação telefônica como:

Considerando que o bem jurídico tutelado, desde a constituição, é o sigilo das comunicações, o “interceptar” expressa, sobretudo “tomar conhecimento”, saber, descobrir, ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica. De outro lado, é da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação “alheia”. Ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos comunicadores). Na interceptação existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado. (GOMES, 1997, P.95-96)

A professora Ada Pellegrini cita como exemplos de escuta telefônica, a captação de conversa telefônica por familiares de pessoa sequestrada, ou vítima de estelionato, ou ainda, aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através de telefone, em sua vida privada.

O professor Streck (1997) esclarece as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina:

De pronto é necessário que se faça a distinção entre a interceptação e a gravação clandestina. A interceptação é a intervenção de terceiro, que grava a conversa que duas pessoas mantêm telefonicamente [...]. Neste caso, especificado pela lei, a interceptação se caracteriza quando nenhuma das duas pessoas sabe da “escuta”. Já a gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores grava a conversa, sem o consentimento/conhecimento do outro. (STRECK,1997, p.87)

Como a lei nº. 9.296/1996 é a base para este trabalho, o artigo 1º abrange as comunicações telefônicas de qualquer natureza.

Art. 1º a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

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

Além dos requisitos exigidos na Constituição Federal, para a concessão da autorização para a interceptação telefônica, deverão ser obedecidos ainda, os requisitos encontrados no Artigo 2º da lei nº. 9296/96.

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

i – indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal;

ii – impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios investigatórios disponíveis;

iii – o fato criminal constituir infração penal punida com reclusão parágrafo único. em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Dessa maneira se faz necessário uma fundamentação idônea para que possa ser deferida a interceptação telefônica, até porque as garantias e direitos fundamentais do homem dentro de um contexto jurídico voltado a proporcionar a existência e sobrevivência humana de forma plena, digna e livre, possibilitando uma coexistência harmônica e pacífica entre seus cidadãos visa sua natureza indissociável da pessoa humana, tais garantias e direitos devem ser assegurados a todos sem distinções, formalmente reconhecidos e materialmente concretizados na forma da lei como se observa no art. 5º, caput, da Constituição Federal, compreendendo, inclusive, limitações impostas à própria atuação do estado, no escopo de assegurar liberdade, autonomia e igualdade a todos sob seu governo.

De acordo com silva (2006) “Direitos fundamentais do homem-indivíduo são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado”.

Silva (1996) já defendia ao equiparar o direito à intimidade com a privacidade que:

A expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, abarcaria todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagra. Seria o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla,

abrangendo o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamento, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros dos indivíduos.³ (SILVA, 1996, p.?)

Com a Constituição Federal de 1988 em seu inciso XII do artigo 5º foi que garantiu a inviolabilidade das comunicações privadas em geral, mas quanto às comunicações telefônicas, apresentou exceção, desde que a interceptação se efetivasse “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

César Dário Silva (2005) afirma que:

O direito à prova é assegurado pela Constituição Federal por intermédio dos direitos de ação, defesa e contraditório, porém, diz que ele não é absoluto, pois há limites a serem obedecidos durante a produção probatória. Ele aduz que sempre se busca a verdade real dos fatos no direito penal, contudo direitos e garantias fundamentais não podem ser sacrificados para alcançar tal fim, pois seria violado o regime democrático de direito. (SILVA, 2005, p.95)

Prova é tudo aquilo que será utilizado para contribuir na formação do convencimento do órgão julgador. Assim, TÁVORA (2015) define:

Prova pode ser entendida como o ato de provar (instrução probatória); o meio para provar: são os instrumentos para demonstração da verdade; e o resultado obtido com a análise do material probatório, isto é, o efeito ou o resultado da demonstração daquilo que se alega. (TÁVORA; ARAÚJO, 2015, p.533)

Quanto à prova emprestada, ela representa um avanço para a contribuição da busca da verdade real pelo juiz, pois aumenta o leque de provas a serem usadas pelas partes. Segundo Paulo Rangel (2013), “é aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”.

As provas são ferramentas sigilosas de investigação, à disposição das polícias e do ministério público para a apuração de crimes graves, muitas vezes praticados por organizações criminosas, exigindo assim o emprego de métodos diferenciados de investigação.

Brasileiro (2015) afirma:

Em sede processual penal, foram utilizadas inicialmente para a persecução penal do tráfico de drogas, sendo que, atualmente, também são usadas para a investigação de crimes praticados por organizações criminosas. Funcionam como verdadeiros meios de obtenção de prova, sendo identificadas, em regra, pela presença de dois elementos: o sigilo e a

³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996

dissimulação. Por meio delas, são coletadas informações, indícios ou provas de um crime sem conhecimento do investigado, de modo a proporcionar aos órgãos estatais o fator surpresa. Nesse caso, o contraditório será exercido apenas de maneira diferida. (BRASILEIRO, 2015,p.162)

Importante ressaltar quais as autoridades competentes para a realização do pedido de interceptação telefônica ao poder judiciário, tendo em vista que a lei 9.296/96 apresenta que o próprio juiz, de ofício, pode determinar a interceptação telefônica, o representante do ministério público e a autoridade policial podem requerer esta na investigação criminal e aquela, tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal, conforme previsão do art. 3º da referida lei.

Quanto ao prazo para a interceptação telefônica é de 15 dias, segundo a lei 9.296. Passado esse tempo, é possível a prorrogação, sem limite de vezes, mas sempre mediante autorização judicial e comprovação de que a escuta é indispensável como meio de prova. O juiz terá um prazo máximo de 24 horas para decidir sobre o pedido.

A interceptação clandestina ou a violação do sigilo será configurada crime quando nos seguintes termos da Lei:

“Art. 10. constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

NUCCI ensina que há duas condutas criminosas:

Realizar (efetuar, concretizar) interceptação (intromissão em comunicação alheia, com o fito de colheita de informes, registrados ou não). Os objetos da interceptação são a comunicação telefônica (conversa mantida por telefone), comunicação telemática (conversa mantida pelo computador, fazendo uso de outros meios, formando um conjunto, como ocorre com o modem) e comunicação de informática (conversa mantida por meio de computador, como ocorre em sites específicos para a comunicação, desvinculando-se o mecanismo de transmissão de dados da linha telefônica); Quebrar (violar, romper) é a segunda conduta, cujo objeto é o segredo da justiça (situação sigilosa concernente à justiça, entendido o termo no sentido amplo, ou seja, investigação ou processo). As duas partes ligam-se à inexistência de autorização judicial ou a propósitos não permitidos por lei. Torna-se, pois, atípica a conduta daquele que realiza a interceptação telefônica em decorrência de ordem da autoridade judiciária competente e a concretiza com o objetivo de investigar um crime ou instruir um processo penal. Lembremos que, com relação à parte final do artigo, uma interceptação pode ser efetivada com ordem judicial, mas para fins civis, por exemplo. Constitui crime do mesmo modo, devendo por ele responder tanto quem a realizou efetivamente (autor), como o magistrado incompetente, que a autorizou, pois ligado à área cível (partícipe). (op. cit. p. 516)

Como a pena é aquém de 04 anos, permite vários benefícios penais, evitando a prisão. Caso a pena seja aplicada no mínimo legal será cabível o sursis (Art. 77 cp). Ainda, caberá a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, caberá regime aberto para início de cumprimento de pena.

1. UMA INTERVENÇÃO NECESSÁRIA: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Ao observar o grande desenvolvimento das comunicações nos últimos tempos e em curto espaço, com o uso da internet, das redes sociais e dos aparelhos celulares, as informações têm chegado numa velocidade que, mais ou menos em uma hora, o conhecimento adquirido passa a ficar desatualizado. Tamanha a rapidez com que essas informações são disponibilizadas.

Com isso assiste-se, no mundo atual, a perda progressiva da individualidade. E, além disso, percebe-se a massificação do homem como um fato social, pois sua privacidade vem sendo diminuída cada vez mais.

A internet vem favorecendo muito a comunicação e viabilizando acordos, negócios e transações em toda sociedade, o que prova que o mundo está conectado e esse meio tecnológico facilita a vida de muita gente, inclusive o meio ilícito tem se utilizado da internet e dos aparelhos celulares para resolução de suas transações.

Dessa forma se faz necessárias intervenções em casos criminais e dependendo do crime a interceptação telefônica é uma alternativa.

Com o objetivo de analisar e esclarecer cientificamente o uso do instituto da interceptação telefônica, como meio de prova no processo penal, é que esse trabalho de pesquisa foi elaborado, pois a interceptação telefônica, em síntese, está regida pelo princípio da necessidade, uma vez que os inquéritos policiais podem dentro da lei solicitar essa medida.

Portanto, conhecer informações sobre alguns princípios penais e processuais penais relacionados à produção de provas é necessário e serão abordados neste trabalho, bem como destacar os princípios do contraditório e da inadmissibilidade das provas ilícitas e discriminar as controvérsias sobre os institutos das provas.

É importante, que a interceptação telefônica funcione como meio de obtenção de prova, mais especificamente como medida cautelar processual, de natureza coativa real, consubstanciada em uma apreensão imprópria.

Por conseguinte, a violação telefônica passa a ser peça de precaução jurídica do legislador, assim resguardando a privacidade cotidiana.

A utilização por parte do indivíduo dos meios de comunicação vê-se no direito de resguardar o sigilo de suas informações e conversas. Sendo assim estabelecido que a violação da intimidade deva ficar a salvo, principalmente as comunicações por meio telefônico.

O sigilo das comunicações não é totalmente absoluto, apesar de protegido pela Constituição Federal, sofre ações mitigatórias, assim citado no artigo 5º, XII da Carta Magna, acrescida da lei 9.296/96.

A relevância desse estudo com base nesses tópicos está voltada para o fato de que todos os indivíduos estariam sujeitos a ter a sua vida íntima devassada, sem restrições, não fosse a existência de regras disciplinadoras da matéria. O conhecimento de aspectos relacionados ao tema é de incontestável importância para a busca de aprimoramento dos profissionais de Direito.

Assim, torna-se relevante a análise de artigos da Constituição Federal de 1988, de várias obras doutrinárias e de algumas jurisprudências atinentes ao tema em questão que servirá como coleta de dados aptos a fornecer embasamento para o desenvolvimento deste trabalho.

1.1 O que é interceptação telefônica?

É preciso saber a diferença entre interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação clandestina e quebra de sigilo telefônico. GOMES e CERVINI (1997) chamam a atenção para a palavra “interceptação” que não deve ser tomada em seu sentido lato ou corriqueiro como ato de interromper, obstaculizar, deter ou cortar, mas sim no sentido de “captar” a comunicação telefônica, “tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.”

Quem intercepta tem acesso ao teor da conversa a partir da autorização de um Juiz de ofício ou através de um requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. E ainda, na interceptação telefônica nenhum dos dois interlocutores sabe que a conversa está sendo gravada por um terceiro.

Diferentemente da interceptação, na escuta telefônica um terceiro capta a conversa telefônica ocorrida em tempo real, mas com a ciência e consentimento de

um dos interlocutores, mas para se realizar, tanto as interceptações telefônicas como a escuta precisam, necessariamente, de autorização judicial para que sejam consideradas provas lícitas.

A Gravação clandestina, em sentido lato, é o registro em arquivo da comunicação entre duas ou mais pessoas, captada por uma delas (ou por terceiro, com seu consentimento), sem que um dos envolvidos saiba, por se tratar de gravação telefônica clandestina não há necessidade de autorização judicial, porém por mais relevante que os fatos apurados sejam não poderá servir de prova lícita.

Quanto à quebra do sigilo, a única informação a que se tem acesso é o registro de ligações efetuadas e recebidas e ainda que autorizada por decisão judicial, há de ser devidamente fundamentada, sob pena de configurar prova ilícita, a ser retirada do processo.

2 LEGALIDADE PARA AS ESCUTAS TELEFÔNICAS

As escutas telefônicas aplicam-se às regras da Lei 9.296/96, conforme já citado neste trabalho e são válidas apenas para os casos de interceptação da comunicação telefônica “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, conforme os exatos termos do art. 5º, XII, da Constituição da República.

Assim a legalidade desse meio de obtenção de prova também deve ser avaliada à luz do caso concreto, observando-se, para tanto, se há justa causa para a mitigação do direito à intimidade.

Havendo justa causa (juízo de proporcionalidade), as informações captadas pelas escutas telefônicas poderão ser utilizadas como prova.

Em conformidade com o enunciado a cima, segue o comentário de Luiz Francisco Avolio (2014,p.143)

O que a lei penal veda, tornando ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa, sem justa causa. A “justa causa” é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina. E, dentro das excludentes possíveis, é de se afastar - frise-se – o direito à prova. Os interesses remanescentes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício da privacy. Assim, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, o próprio direito à intimidade e, sobretudo, o direito de defesa, que se insere entre as garantias fundamentais. Ocorrendo, pois, conflito de valores dessa ordem, a gravação clandestina é de se reputar lícita, tanto no processo criminal como no civil, independentemente do fato

de a exceção à regra da inviolabilidade das comunicações haver sido regulamentada.⁴

3 .INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA PENAL

Dentro do campo jurídico o instrumento usado pelas partes no processo para comprovar os fatos da causa, ou seja, os fundamentos para o exercício dos direitos de ação e de defesa são as provas que serão destinadas ao juiz, que é quem fará o juízo de admissibilidade da mesma, ratificando ou não a tentativa da parte de comprovar seu direito.

Para que a interceptação telefônica funcione como prova a captação da comunicação ocorrerá com ciência de um dos interlocutores, cumprindo assim a previsão expressa na Constituição, sendo lícita apenas nos termos do art. 5º, XII, da Carta Magna, como já apresentado no corpo do trabalho.

Assim art. 1º da Lei 9.296/96 diz que ela se aplica às interceptações telefônicas de qualquer natureza.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Por exemplo, as conversas entre o advogado e o cliente dele, que é investigado ou acusado, não podem ser interceptadas e utilizadas como provas no processo penal, pois essas conversas estão protegidas pelo sigilo profissional da advocacia e pelo direito a não autoincriminação.

No entanto, se o advogado é o próprio investigado ou acusado, neste caso as conversas telefônicas dele poderão ser interceptadas e utilizadas como prova no processo penal, pois neste caso não há o sigilo profissional, porque o advogado está sendo interceptado na condição de réu e não de advogado (STJ HC 59.967).

Não obstante, “Gravação telefônica; Interceptação ambiental; Escuta ambiental e a Gravação ambiental: podem ser realizadas sem ordem judicial e podem ser utilizadas inclusive como prova em processos não criminais.”⁵

Uma observação, na Ação Penal 447 STF: No RS um secretário municipal gravou a conversa com o prefeito. Entregou para o promotor. A gravação é clandestina, pois sem o conhecimento do prefeito, mas é prova lícita e não há

⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 143

⁵ <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/334967723/apostila-interceptacao-telefonica> <acesso em 02 março de 2019>

necessidade de ordem judicial, pois a gravação telefônica não entra no regime da lei telefônica.

METODOLOGIA

O estudo ora apresentado teve como metodologia utilizada as referências bibliográficas de grandes autores e pesquisadores que abordaram o assunto sobre A utilização da interceptação telefônica no âmbito do processo penal, além de teses, dissertações, artigos científicos e matérias jornalísticas.

PADUA (2004), diz que:

A pesquisa bibliográfica é fundamentada nos conhecimentos de biblioteconomia, documentação e bibliografia; sua finalidade é colocar o pesquisador em contato com o que já se produziu e registrou a respeito do seu tema de pesquisa.⁶

Foi priorizada uma abordagem qualitativa do assunto, atualizada e informativa, apresentando os entraves legais e doutrinários enfrentados pelas autoridades de polícia judiciária militar na apuração de crimes militares e o desejo que se tem de solucioná-los, e ainda com temas novos que estão em pleno desenvolvimento no mundo acadêmico, que, por sinal, enfrentarão muitos duelos judiciais, tendo em vista que a comunicação é dinâmica e suas formas se modificam a cada dia.

Apesar de o tema apresentar uma extensa literatura e reunir opiniões dissonantes entre advogados e promotores no combate à criminalidade, envolvendo o direito criminal e processual, além do direito constitucional, uma vez que a intimidade é valor constitucionalmente protegido, encontram-se bibliografias e teses a respeito, onde detalhes podem ser verificados acerca da disciplina das interceptações telefônicas, e em quais situações é possível admiti-las como prova na esfera de um processo criminal como fora visto no desenvolver do trabalho.

Dessa forma, “a pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos, buscando conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado existentes sobre um determinado assunto, tema ou problema”.⁷

⁶ PÁDUA, Elisabete. M. M. de. Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática. 10ª ed. rev. e atual. Campinas, SP: Papirus, 2004.

⁷ CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. Metodologia científica. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

A leitura da legislação também foi considerada para este estudo, pois a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 da Constituição Federal aborda em seu artigo 1º “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, e para tal concretização observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal sob sigilo de justiça”.

É importante para todo trabalho de pesquisa uma leitura prévia e a seleção de fontes confiáveis para a elaboração científica, pois o próprio projeto de pesquisa “por si só já é um trabalho científico, pois sua realização envolveu de antemão uma pesquisa preliminar”.⁸

Assim, foi realizada uma pesquisa de abordagem Bibliográfica sobre o tema elegido não sendo apresentado nenhum conhecimento quantitativo ou mais específico, em virtude da condição de sigilo de justiça das interceptações telefônicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸ SANTOS, João Almeida; PARRA FILHO, Domingos. Metodologia científica. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

Esse trabalho abordou o tema a utilização da interceptação telefônica no âmbito do processo penal por ser um meio de prova muito eficaz, embasado no art.5º, XII, e da Lei 9.296/96, pois como prova lícita capta o criminoso comentando ou denunciando sobre algum crime cometido, sendo quase uma confissão do mesmo.

Assim, é indiscutível a importância do monitoramento telefônico para o combate à criminalidade moderna, em especial aquela desenvolvida por facções criminosas.

Foi observado nesta pesquisa que a Interceptação telefônica, a escuta telefônica e a gravação clandestina não se podem confundir e que cada uma tem sua conceituação. Apenas o juiz poderá autorizar a utilização da interceptação telefônica como meio de prova.

Dessa forma é ilegal qualquer tomada de decisão que viabilize ou favoreça uma interceptação telefônica. Em seu Parágrafo único dispõe que “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”

Contudo Interpretações equivocadas ainda surgem, acarretando prejuízos ao sucesso de investigações complexas, porém não se pode negligenciar esse meio garantido por lei, até porque justiça e segurança é o desejo de todo cidadão, para uma vida livre de práticas criminosas ou, em caso de sua ocorrência, de receber do Estado a efetiva resposta necessária à responsabilização de infratores com a consequente cessação do abalo social gerado pela prática criminosa.

Assim sendo uma forma eficaz de dar cumprimento a este desiderato Constitucional e alcançar a eficácia social do princípio da segurança diante do desenvolvimento da criminalidade moderna por meio da evolução jurídica e tecnológica das técnicas de investigação, entre elas as interceptações das comunicações tão importantes abordada neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3 ed. Rev. Amp. Atual. Salvador: Jus Podium, 2015.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. p. 48. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

PÁDUA, Elisabete. M. M. de. **Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática**. 10ª ed. rev. e atual. Campinas, SP: Papyrus, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 22. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e a os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.