

AS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

FÁBIO MOTTA LOPES

ACADEMIA DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL - BRASIL



RESUMO

Uma das formas eficazes de investigação criminal usada pelas polícias judiciárias, voltada à obtenção de provas no processo penal, é a interceptação telefônica. Não obstante, para que sejam respeitados os direitos fundamentais dos investigados, especialmente o direito à intimidade, esse meio de obtenção de provas deve ser utilizado dentro dos limites estabelecidos pela Lei nº 9.296/96 e como mecanismo investigatório apenas nas hipóteses em que outros meios forem insuficientes para a elucidação da infração penal sob apuração. Para a validade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, portanto, deve existir um equilíbrio entre a eficiência do processo penal e o respeito aos direitos fundamentais dos investigados. E é exatamente isso que se analisa no presente artigo, com ênfase às posições adotadas, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, principalmente com relação aos aspectos jurídicos mais polêmicos a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal. Interceptação telefônica. Prova penal. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal protege, no art. 5º, inciso XII, os direitos fundamentais da intimidade e da vida privada. Na parte final do dispositivo, porém, há ressalva no sentido de que as comunicações telefônicas podem ser violadas, mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, na forma estabelecida na legislação infraconstitucional.

O inciso referido foi regulamentado pela Lei nº 9.296/96, que estabeleceu ser cabível a interceptação telefônica para a apuração dos cri-

mes punidos com pena de reclusão,¹ quando houver indícios suficientes de autoria e a prova não puder ser produzida por outros meios (art. 2º).

Saliente-se que a lei, ao prever a possibilidade de grampeamento apenas aos delitos punidos com pena de reclusão, foi ampla demais (GOMES FILHO, 1996, e SILVA, 2003). Ao mesmo tempo, restringiu tal mecanismo de investigação para outras infrações em que a medida também se apresenta como necessária. Percebe-se que a interceptação telefônica poderia ser usada, por exemplo, para apuração do chamado jogo do bicho e dos crimes de ameaça e contra a honra, infrações penais que não são punidas com pena de reclusão (FERNANDES, 1996).

Apesar de a lei que regulamenta a questão ser do já distante ano de 1996, muitas questões ainda continuam sendo discutidas nos Tribunais. No entanto, a jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já consolidou alguns entendimentos. O foco da presente pesquisa, portanto, será a análise desses aspectos polêmicos e, principalmente, como o STF e o STJ estão decidindo sobre o assunto, ainda que haja citação doutrinária ao longo do texto.

Antes, porém, não se pode deixar de registrar que a interceptação telefônica, procedimento investigativo eficiente que tem sido muito usado nas investigações dos mais variados crimes punidos com pena de reclusão, tem ajudado bastante aos órgãos de persecução penal na descoberta dos autores de diversos delitos, cuja investigação é complexa, e no desmantelamento de organizações criminosas que agem no país. Mostra-se, pois, como um instrumento necessário à elucidação de crimes graves.

É importante destacar, ainda, que a interceptação telefônica difere da quebra de sigilo telefônico. Esta restrição incide sobre os dados cadastrais dos clientes de operadoras de telefonia e sobre os registros de ligações tele-

1 Ao prever a possibilidade de grampeamento apenas aos delitos punidos com pena de reclusão, a lei foi ampla demais (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96". Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 45, p. 14, ago 1996; SILVA, Eduardo Araujo da. Crime Organizado: procedimento investigatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98-9). Ao mesmo tempo, restringiu tal mecanismo de investigação para outras infrações em que a medida também se apresenta como necessária. Percebe-se que a interceptação telefônica poderia ser usada, por exemplo, para apuração do chamado jogo do bicho e dos crimes de ameaça e contra a honra, infrações penais que não são punidas com pena de reclusão. Cf., a respeito do assunto, FERNANDES, Antonio Scarance. "Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei". Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 45, ago 1996, p. 15.

fônicas efetuadas e recebidas. Dessa forma, far-se-á neste artigo uma análise somente da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que se refere às conversações mantidas por interlocutores por meio de telefones.²

2. A INTERCEPTAÇÃO COMO ÚLTIMO MECANISMO PROBATÓRIO

O art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96, permite a realização de interceptações telefônicas apenas nas investigações criminais em que a prova não puder ser obtida por outros meios que estejam à disposição da polícia judiciária.

Dessa forma, a interceptação telefônica deve ser o último mecanismo probatório a ser utilizado durante a investigação criminal, ou seja, apenas depois de esgotados os demais procedimentos investigatórios disponíveis ou quando houver uma demonstração concreta no sentido de que outras formas de obtenção de provas são, de antemão, inócuas.

No entanto, conforme adverte Fernandes, nem sempre será fácil para o juiz verificar isso ao analisar o requerimento³ da autoridade policial, podendo, essa circunstância, ser constatada somente mais adiante (FERNANDES, 1996). Sem embargo, se o magistrado percebe, posteriormente, que a interceptação telefônica não era a *ultima ratio* probatória, a prova continuará sendo lícita se a privacidade for restringida através de autorização judicial motivada e amparada em informações que, ao tempo da análise e do deferimento, eram verossímeis. Se era crível, no instante do deferimento, que as provas não poderiam ser obtidas de outra forma, o resultado oriundo das interceptações telefônicas será válido, desde que a decisão judicial também seja devidamente motivada, para que se afaste, ao máximo, certo grau de subjetivismo que possa existir nessa análise.

Em razão do dispositivo supracitado, outro aspecto também merece ser apreciado. Se a interceptação telefônica só pode ser autorizada quando for o último mecanismo para obtenção de provas, não pode ser deferido esse procedimento de investigação com base somente em denúncia anônima, ou

2 STF, Pleno, MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.99.

3 Apesar de, tecnicamente, ser representação, está-se usando, aqui, a terminologia empregada pelo art. 3º, inciso I, da Lei 9.296/96.

seja, a polícia judiciária, ao receber uma insinuação apócrifa, não pode iniciar as investigações com a imediata realização de escutas telefônicas.⁴

Nesses casos de denúncias anônimas, porém, não há impedimento para que a polícia judiciária, de acordo com o que prevê o art. 5º, § 3º, do CPP, verifique a procedência das informações recebidas. Existe, aliás, o dever de realizar tal apuração preliminar. Entretanto, uma denúncia anônima, sem que se faça uma investigação prévia que confirme a sua provável veracidade, não pode ensejar, por si só, o início de interceptações telefônicas.

A propósito, a denúncia apócrifa, de acordo com o STF e com o STJ, não pode gerar a instauração de inquérito policial ou de ação penal, já que a Constituição Federal veda o anonimato (art. 5º, IV). No entanto, conforme salientado, pode dar origem a procedimentos de investigação preliminar, com o intuito de se buscar indícios ou outros elementos que ratifiquem as informações recebidas anonimamente. Corroborada a denúncia anônima, estará a polícia judiciária autorizada, agora sim, a instaurar inquérito policial e a realizar, se for o caso, interceptações telefônicas, tornando-se legítima a persecução penal.⁵

Por fim, consigne-se que existe decisão do STJ na linha de que o ônus de demonstrar que existiam meios alternativos probatórios à disposição da polícia judiciária antes da interceptação telefônica é da defesa.⁶ Destarte, de acordo com esse entendimento, existe uma presunção relativa de que não há meios diversos para elucidação da infração penal quando a polícia judiciária, ao requerer o grampeamento das conversas, registra que a interceptação telefônica é, naquele instante, o único caminho viável.

4 STJ, HC 139.306/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 15.08.14; STJ, HC 131.225/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 16.09.13.

5 STF, HC 99.490/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.11.10; STF, HC 95.244/PE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.03.10; STF, HC 90.178/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.02.10; STF, HC 84.827/TO, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.11.07; STJ, AgRg no REsp 1.316.912/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.03.14; STJ, HC 154.588/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.08.13; STJ, HC 174.561/PR, rel. Min. Campos Marques, j. 18.12.12; STJ, HC 117.437/AP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 20.10.11. Saliente-se, porém, que há decisões do STF e do STJ no sentido de que a interceptação telefônica pode preceder a instauração de inquérito policial (cf. STF, RHC 118.055/PE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.03.14, e STJ, HC 43.234/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.11.05).

6 STJ, RHC 39.927/SP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.02.15.

3. O SIGILO DO PROCEDIMENTO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Durante os atos de investigação, o procedimento referente às interceptações telefônicas deverá ser, conforme estabelece o art. 8º da Lei nº 9.296/96, sigiloso, razão pela qual os investigados e seus defensores não poderão tomar ciência acerca do andamento desse método investigativo. E é exatamente em virtude desse caráter sigiloso que o procedimento deve tramitar, segundo prevê expressamente a lei sob análise, em autos apartados, que só serão juntados ao inquérito policial imediatamente antes do relatório final do delegado de polícia (art. 8º, parágrafo único).

Dessa forma, no caso específico de interceptação telefônica, como se trata de diligência sigilosa e para que as investigações sejam exitosas no sentido de demonstrar a ocorrência de infrações penais e de apontar os seus prováveis autores, os advogados, mesmo que sejam constituídos pelos investigados, não poderão ter acesso aos autos do inquérito policial enquanto o procedimento estiver em andamento.⁷

A respeito do assunto, a própria Súmula Vinculante 14 do STF, que faculta ao advogado do investigado o acesso aos elementos de provas oriundos de diligências já realizadas pela polícia judiciária e formalizadas no inquérito policial, afasta a possibilidade de o defensor tomar ciência de atos investigativos que estão em andamento, sob pena de a própria investigação se tornar inócua, razão pela qual a Lei nº 9.296/96 assegura o sigilo, característica que é da própria essência da interceptação telefônica (LOPES, 2009).

Assim, nos casos de interceptações telefônicas, o contraditório será realizado posteriormente, na primeira oportunidade possível após a conclusão das investigações, o que normalmente acontece após o recebimento da denúncia, quando inicia o processo penal. Trata-se do chamado *contraditório diferido* ou *postergado*, em que se assegura ao imputado, após a gravação e a transcrição dos diálogos, os direitos de informação e de apresentar as suas contrarrazões (GRECO FILHO, 1996; FERNANDES, 1996; e PITOMBO, 1996).

⁷ STJ, HC 23.422/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 09.03.09.

4. RENOVAÇÃO SUCESSIVA DOS PRAZOS

Estabelece o art. 5º da Lei nº 9.296/96 que o prazo de duração da interceptação telefônica será de 15 dias, renovável por igual período. Aqui, discute-se se a renovação apenas poderá acontecer uma única vez ou se será possível a renovação sucessiva, desde que demonstrada a indispensabilidade do prosseguimento do meio de prova.

A lei de interceptação telefônica não limita a renovação. E nem poderia. Como registra Greco Filho, o prazo de 30 dias pode ser muito exíguo em algumas investigações (GRECO FILHO, 1996). Suponha-se que a polícia judiciária comece a monitorar as ligações telefônicas de uma associação para o tráfico que recém se programa para ir ao Paraguai para trazer um novo carregamento de maconha. Até organizarem a viagem, contratarem os responsáveis pelo carregamento, ingressarem no país vizinho para a aquisição da droga, adentrarem com a substância no Brasil, transportarem a substância até o destino final e prepararem os pontos em que será descarregada e distribuída, o prazo referido, de fato, é muito curto. Assim, caso haja necessidade de se prorrogar por mais de uma vez, inexistente óbice para renovações sucessivas, desde que haja proporcionalidade e justificativa acerca da real imprescindibilidade da medida.⁸

Não se está sustentando que a interceptação telefônica dure, sem qualquer necessidade, por meses ou anos. Isso feriria, certamente, o princípio da razoabilidade e o direito fundamental da intimidade dos investigados. É em razão disso que se faz necessária uma decisão judicial fundamentada, que demonstre que tal procedimento investigativo é imprescindível, especialmente quando se tratar de um fato de difícil elucidação.

Por fim, é importante registrar que o prazo começa a correr a partir do instante em que as interceptações telefônicas iniciam, e não da data que consta no despacho judicial ou do dia da entrega dessa autorização para a polícia judiciária.⁹ É claro que, após o deferimento, as interceptações telefônicas devem

8 Nesse sentido, entre outros julgados: STF, RHC 120.551/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 08.04.14; STF, Pleno, Inq. 2.424/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.11.08; STF, HC 85.575/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.03.06; STF, Pleno, HC 83.515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.04; STJ, RHC 38.063/MG, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 12.11.14; STJ, RHC 13.274/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.08.03.

9 Nessa linha: STJ, HC 210.022/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 05.09.14; STJ, HC 113.477/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16.04.12.

começar dentro de um prazo razoável. Se isso não acontecer sem qualquer justificativa, restará violado, novamente, o princípio da proporcionalidade.

5. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

No curso das escutas telefônicas, pode a polícia judiciária angariar provas que interessem ao esclarecimento de outras infrações penais que não são objeto específico da apuração que originou a interceptação. Essas informações referentes a outros crimes podem estar vinculadas ou não com o fato investigado mediante interceptação telefônica. Suponha-se, por exemplo, que exista autorização judicial para se interceptar a prática de tráfico de drogas e que, durante o monitoramento das conversas, seja constatado que os traficantes também são responsáveis por um homicídio. Em tal hipótese, tal prova poderá ser usada no inquérito policial em que se tenta elucidar o homicídio? É o que se passa a ver.

Nessas hipóteses, comunga-se do entendimento daqueles que vislumbram a possibilidade de utilização da prova em outros delitos que tenham conexão com os fatos investigados através das interceptações telefônicas, ainda que sejam punidos com pena de detenção (FERNANDES, 2002).¹⁰ Dessa forma, no exemplo trazido, pode a prova ser emprestada ao outro inquérito policial, mormente se o homicídio, também punido com pena de reclusão, estiver vinculado com o tráfico de drogas.¹¹

Problema maior surgirá quando o fato delituoso descoberto nenhum vínculo possuir com a infração penal que se investiga com a utilização de interceptação telefônica. Para Greco Filho, se a descoberta ocorreu de maneira fortuita ou desvinculada do fato que originou a interceptação, não pode ser admitida a utilização dessa prova na apuração de crime desconexo (GRECO FILHO, 1996).¹²

10 Nessa esteira: STF, AgR no AI 626.214/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21.09.10; STF, Pleno, HC 83.515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.04; STJ, HC 33.462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.09.05; STJ, RHC 13.274/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.08.03. Contra: CERNICCHIARO, 1996; e PITOMBO, 1996.

11 Sobre a possibilidade de prova emprestada de um inquérito policial para outro, vejam-se, entre outras, as seguintes decisões: STF, HC 102.293/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. 24.05.11; TJRS, HC 70029518545, rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 13.05.09.

12 Na linha de que os crimes devem ser conexos encontra-se o seguinte julgado do STF: HC 83.515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.04.

Entretanto, deve predominar a posição no sentido de que essa prova pode ser, sim, emprestada a outra investigação criminal ou a outro processo penal, ainda que os crimes não sejam conexos, em razão de a restrição ao direito fundamental da intimidade já ter sido afastado por decisão judicial motivada, circunstância que a torna lícita. Como lembram Grinover, Gomes Filho e Fernandes, nessas hipóteses, há a quebra lícita do direito à intimidade, com autorização judicial, motivo por que não existiria impedimento para que eventual prova colhida fosse usada, inclusive, em outro procedimento investigativo ou processo criminal, mesmo que sem conexão com o fato objeto da investigação (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2004; SILVA, 2003).¹³ Afinal, como ensina Pacelli de Oliveira, a licitude da prova não depende da conexão, mas da decisão que autoriza a quebra de sigilo, ou seja, uma vez franqueada a restrição da intimidade ou da privacidade licitamente, “não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão” (OLIVEIRA, 2014, p. 368). Essa é a linha que também vem sendo adotada no STJ.¹⁴

E se durante a interceptação também se constata a prática de transgressões disciplinares por parte de agentes públicos que estavam sendo investigados pelo cometimento de delitos, poderá haver o empréstimo dessa prova para que seja juntada aos processos administrativos?

O STF, analisando os autos da chamada *Operação Furacão*, salientou que não existe impedimento para que a prova colhida em interceptação telefônica, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submetido, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. Dessa forma, de acordo com essa decisão da Suprema Corte, não se pode impedir o Estado, conhecedor do fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e licitamente apurado na esfera penal, de invocar no procedimento próprio a aplicação ao agente da sanção cabível a eventual ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico.¹⁵

13 Entretanto, para Fernandes, é necessário para se admitir a prova como emprestada que se trate do mesmo acusado, “para não haver ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa” (FERNANDES, 2002, p. 103).

14 STJ, APn 536/BA, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 04.04.13.

15 STF, Inq. 2.424 QO/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 25.04.07. No mesmo sentido: STF, Pet.-QO

Sabidamente, as provas colhidas durante uma interceptação telefônica podem (e devem) ser utilizadas, no âmbito do processo penal, para condenação ou absolvição do réu. Se condenado, inclusive com base nas provas obtidas mediante escuta telefônica, essa decisão vinculará a Administração Pública em eventual processo administrativo que vise a apurar transgressão disciplinar, por força do art. 935 do Código Civil, no que tange à existência do fato e sua autoria. De acordo com o que ensina Medauar, por força do artigo referido, “a condenação do servidor, por estar decidida a existência do fato e reconhecido o seu autor, repercute no âmbito disciplinar, para levar à punição do servidor, também nesse campo” (MEDAUAR, 2006, p. 311).

Ora, se as decisões condenatórias na área criminal vinculam outras esferas – e para a condenação se vale o juiz criminal do resultado das escutas –, não resta dúvida de que o resultado obtido com as interceptações telefônicas irá refletir no âmbito administrativo-disciplinar, ainda que não haja a juntada das transcrições das conversas, como prova emprestada, no processo administrativo. Dessa forma, seria ilógico admitir-se a utilização indireta das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, no âmbito administrativo e não se aceitar que também se use esse resultado, como prova emprestada, nos processos administrativo-disciplinares. Vê-se, assim, como correta a linha decisória que vem sendo adotada pelo STF.

Essa mesma diretriz também vem seguindo o STJ, sob o argumento principal de que o direito brasileiro não impede o compartilhamento de provas – civis, administrativas ou criminais – com outros processos. Destarte, seria perfeitamente possível compartilhar as provas obtidas lícitamente no processo penal com outras esferas.¹⁶

Há quem entenda, porém, que os parâmetros constitucionais são limitativos à esfera processual penal, motivo pelo qual a prova não poderia ser utilizada em outros processos de natureza não criminal (GRECO FILHO, 1996; CERNICHIARO, 1996).¹⁷ Não obstante, o art. 2º, inciso II, da Lei

3.683/MG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.08.08. Em sentido contrário: STF, AgRg no Inq. 3.014/PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.12.12.

16 STJ, RHC 52.209/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 27.11.14; STJ, 3ª Seção, MS 14.501, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 08.04.14; STJ, AgRg no Ag em REsp 284.592/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 18.02.14; STJ, MS 10.154/DF, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 19.12.13; STJ, MS 15.825/DF, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.05.11.

17 Na jurisprudência, cf. TRF da 1ª Região, MS 2000.01.00.005014-0, rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, j. 24.08.05; TRF da 1ª Região, MS 2005.01.00.029187-1, rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, j. 24.08.05.

9.296/96 é um dos requisitos que devem ser analisados para a autorização da interceptação telefônica, não sendo condição de validade para a prova colhida, que poderá ser usada em outros processos. Para isso, porém, o juiz que deferiu as interceptações telefônicas deve autorizar, igualmente, a remessa dos documentos e de eventuais mídias para juntada em outro procedimento, em razão do sigilo inerente a esse meio de obtenção de provas.¹⁸

6. COMPETÊNCIA PARA O DEFERIMENTO DA MEDIDA

Outra situação que também pode acontecer é o deferimento de uma interceptação telefônica por um magistrado que não era, segundo se verificou posteriormente, o competente para o processo e julgamento da infração penal. A título ilustrativo, mencione-se uma autorização judicial concedida, durante uma investigação criminal, por um magistrado de 1º grau em que se evidencia, durante as interceptações telefônicas, que o prefeito municipal – que possui a prerrogativa de função de ser processado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da Constituição Federal) – é o autor do crime investigado. Assim, a dúvida que poderá surgir é a seguinte: a prova obtida mediante tal interceptação telefônica será válida ou não?

O STF vem adotando, nessas conjecturas, a chamada teoria do juízo aparente. Com isso, se a incompetência do magistrado para o processo e julgamento só é constatada após o deferimento das interceptações telefônicas, a prova que foi colhida até então, no curso de uma investigação criminal, deve ser considerada como obtida de maneira lícita.¹⁹ Essa é a linha decisória que também vem sendo adotada no STJ, ou seja, são válidas as interceptações deferidas por autoridade judicial que, num primeiro momento, parecia ser a competente para o processo e julgamento, ainda que após o encerramento das investigações se constate a sua incompetência.²⁰ Utiliza-se aqui, em razão da imprevisão, a cláusula *rebus sic stantibus*, aplicável a medidas cautelares voltadas à produção de provas no processo penal.

18 STJ, 3ª Seção, MS 14.501/DF, rel. Min. Marco Bellizze, DJe 08.04.14; STJ, RMS 16.429/SC, rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 23.06.08; STJ, MS 16.146/DF, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 29.08.13.

19 STF, HC 110.496/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.04.13; STF, HC 102.293/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. 24.05.11; STF, Pleno, HC 81.260/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.04.02.

20 STJ, AgRg no REsp 1.316.912/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.03.14; STJ, APn 536/BA, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 04.04.13; STJ, HC 88.825/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.10.09.

Dessa forma, se um juiz estadual, na fase pré-processual, defere uma interceptação telefônica e se verifica depois que a competência para o processo e julgamento era da Justiça Federal, conforme ensina Avena, a prova será válida (AVENA, 2009). Deve-se chegar à mesma conclusão, por exemplo, nas hipóteses em que as interceptações foram autorizadas por juiz federal, por haver indícios iniciais de tráfico internacional de drogas, em que se constatou, na sequência, diante da ausência de internacionalidade, que a competência para o processo e julgamento é da Justiça Estadual.²¹

Porém, se a polícia judiciária, ao solicitar a interceptação telefônica, já sabe desde o princípio que está investigando alguém com prerrogativa de função, não informando essa situação ao magistrado sem competência para análise da representação e que, por isso, acaba autorizando as diligências, a prova deverá ser considerada nula.²² É o que acontece, por exemplo, quando a polícia judiciária, já tendo provas de que o autor de um crime é um parlamentar federal, omite ao Poder Judiciário essa informação no momento em requer interceptação telefônica. Em razão disso, o magistrado de 1º grau defere a medida investigativa, até porque não recebeu nenhum aviso de que o alvo das investigações possuía prerrogativa de função. Comprovada, posteriormente, essa circunstância, a prova será nula, por ausência de autorização do STF (art. 53, § 1º, da Constituição Federal).

Igualmente, conforme já decidiu o STJ, se a justiça comum defere interceptação telefônica para apuração de crime militar e essa situação é evidenciada desde o começo das investigações criminais, a prova será ilícita.²³

Por fim, também pode acontecer de a polícia judiciária verificar, com o curso das investigações e após ouvir os áudios das interceptações telefônicas, que o autor do delito é detentor de foro por prerrogativa de função e necessitar de nova autorização judicial para prosseguir com as diligências. Nesse caso, a prorrogação das interceptações telefônicas já deve ser deferida pelo magistrado competente para o processo e julgamento (e não pelo juiz que, inicialmente, autorizou o procedimento investigativo), sob pena de a prova ser invalidada, por ter sido a nova autorização concedida por juiz sabidamente incompetente.²⁴

21 STJ, HC 141.062/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.11.11.

22 Nesse sentido já há voto do Min. Dias Toffoli, em 13.09.11, ao analisar o RE 632.343. Após, o Min. Luiz Fux pediu vista do processo, razão pela qual a 1ª Turma ainda não concluiu o julgamento.

23 STJ, HC 49.179/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 05.09.06.

24 Nessa linha, tratando de casos similares e entendendo que o foro por prerrogativa de função também

7. TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS

Estabelece o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96 que se as conversas interceptadas forem gravadas, deverão ser determinadas as suas transcrições. Aqui, outra dúvida poderá surgir: gravados os diálogos, haverá necessidade de transcrição de todos, inclusive daqueles que não interessarem às investigações criminais, ou somente dos que possuírem relação com os fatos sob apuração?

No direito espanhol, por exemplo, segundo ensina Suita Pérez, a polícia judiciária age corretamente quando transcreve apenas “*aquello que puede ser interesante para la investigación que están realizando*”. Dessa forma, a polícia judiciária somente degrava integralmente as conversas que podem ter alguma relação com o que se investiga, deixando de lado aquelas que são classificadas como “*carentes de interés*” (SUITA PÉREZ, 2006, p. 127).

No Brasil, parece-nos claro que, até em respeito à intimidade e à vida privada, os diálogos gravados que não se relacionam com a investigação criminal não precisam ser transcritos nos autos do inquérito policial. No curso de uma interceptação telefônica, a polícia judiciária ouve, muitas vezes, conversas íntimas entre o investigado e, por exemplo, a sua companheira, não fazendo nenhum sentido que tal diálogo seja degravado. Por outro lado, as conversas que interessam à investigação devem ser, essas sim, transcritas integralmente, não podendo a polícia judiciária, ao fazer a degravação, apenas registrar parte de um diálogo, até para que o fato não seja descontextualizado.

O STF, majoritariamente, vem decidindo ser desnecessária a transcrição integral dos diálogos interceptados e gravados, especialmente quando foram degravados os trechos das conversas monitoradas que serviram de base para o oferecimento da denúncia.²⁵ Entretanto, há decisões da Suprema Corte na linha de que é necessária a degravação de todas as conversas monitoradas, formalidade necessária para a validade da prova, conforme exige o art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/96.²⁶

se estende à fase pré-processual: STF, Inq. 3.305/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.08.14; STF, Inq. 2.842/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.13.

25 STF, RHC 118.055/PE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.03.14; STF, HC 105.527/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 29.03.11; STF, HC 105.527/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 29.03.11; STF, AgR AI 685.878/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.05.09; STF, Inq. 2.424/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.11.08; STF, Pleno, HC 91.207/RJ, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 21.09.07.

26 STF, AgR AP 508/AP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.02.13; STF, HC 83.983/PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.12.07.

O STJ, ao analisar essa questão, tem decidido que a falta de transcrição integral dos diálogos interceptados, desde que seja disponibilizada à defesa a mídia digital (CD ou DVD, por exemplo) com todas as conversas ou que tenha ocorrido somente a gravação dos diálogos que serviram de substrato para a acusação, não invalida a prova obtida.²⁷

Portanto, essa permissão de acesso aos diálogos através das mídias eletrônicas ou da transcrição das conversas que serviram de base para o oferecimento da denúncia, na visão predominante no STF e no STJ, respeita as garantias do contraditório e da ampla defesa. De fato, o que importa é o acesso da defesa ao conteúdo das gravações, fator que assegura respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Para isso, em termos ideais, além de ser feita a gravação completa dos diálogos que embasaram a acusação, também se deve permitir ao advogado do acusado acesso a todo o conteúdo gravado, até para que possa se valer de algum conteúdo que interesse à defesa e que não tenha sido transcrito.

8. AS PERÍCIAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Algumas discussões também existem com relação à necessidade ou não de perícias com relação aos resultados obtidos por intermédio das interceptações telefônicas.

A primeira questão que surge é se há ou não a necessidade de que a transcrição das conversas gravadas seja feita por peritos. Preliminarmente, registre-se que nada impede que a transcrição seja feita por perito oficial ou, na sua falta, por peritos nomeados pela autoridade policial. Contudo, esse procedimento é desnecessário, mesmo porque a Lei nº 9.296/06 não exige que peritos realizem essa função, não há necessidade de conhecimento técnico ou especializado por parte de quem fará tal transcrição e eventual falha na gravação pode ser contestada, posteriormente, com o acesso das partes à mídia em que constam as gravações. Assim, é possível que os próprios policiais

27 Entre outros julgados, ver STJ, HC 266.089/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 04.02.15; STJ, HC 239.465/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 27.08.14; STJ, HC 245.108/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02.05.14; STJ, 3ª Seção, MS 14.501/DF, rel. Min. Marco Bellizze, DJe 08.04.14; STJ, RHC 27.997/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.09.13; STJ, HC 126.231/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 22.11.10; STJ, HC 112.993/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 10.05.10; STJ, RHC 20.472/DF, rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 09.11.09.

realizem a transcrição das conversas, sendo dispensável perícia para isso.²⁸ O importante, portanto, é assegurar às partes acesso ao conteúdo gravado.

Na Espanha, por exemplo, a diretriz é a mesma. Conforme ensina Suita Pérez, “La Policía Judicial puede por propia iniciativa transcribir y traducir las conversaciones que estime necesaria a los fines de la investigación que está llevando a cabo” (SUITA PÉREZ, 2006, p. 125).

Ademais, a perícia também é prescindível, principalmente pela falta de exigência legal nesse sentido, para a identificação dos interlocutores flagrados nas conversas, sendo suficientes outros meios de prova admitidos em Direito (dados cadastrais, nomes e apelidos declinados durante as falas, confissões etc.) para demonstrar a qualificação dos investigados.²⁹

Mas se o investigado ou acusado contestar o resultado apresentado pelos órgãos de persecução penal, alegando que a voz a si atribuída pertence a outro indivíduo, haverá agora necessidade de perícia?

Para Badaró, nos casos em que o imputado contesta que a voz é sua, deverá haver a realização de perícia (BADARÓ, 2008). Essa é a postura que vem sendo adotada, já faz algum tempo,³⁰ pelo Tribunal Supremo da Espanha. De acordo com Suita Pérez, o meio adequado para o cotejo de vozes naquele país é a perícia, que deverá ser realizada sempre que o imputado negar que a voz gravada seja sua (SUITA PÉREZ, 2006).

No entanto, o STJ tem decidido ser possível ao magistrado indeferir a perícia se a decisão for motivada e se houver outros elementos de prova de que a voz é mesmo de quem a contesta, como nomes e apelidos declinados durante as conversas monitoradas.³¹

28 STJ, HC 245.108/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02.05.14; STJ, 3ª Seção, MS 14.501/DF, rel. Min. Marco Bellizze, DJe 08.04.14; STJ, REsp 1.134.455/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 22.02.11; STJ, HC 136.096/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 07.06.10; STJ, HC 66.967/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.11.06.

29 STJ, HC 208.782/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 25.11.13; STJ, HC 189.069/ES, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 10.10.13; STJ, REsp 1.134.455/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 22.02.11.

30 Ver, por exemplo, a Sentencia do Tribunal Supremo n. 4637/1993, de 29 de junio de 1993, in verbis: “[...]no reconocido por los imputados el contenido de las cintas o su intervención en las comunicaciones telefónicas interceptadas, sería desable llevar a efecto la prueba pericial de identificación de la persona mediante el examen de su voz [...]”. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search>> Acesso em: 05 mar 2015.

31 STJ, HC 171.909/MG, rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 25.09.13.

Não obstante, caso o juiz defira eventual pedido da defesa para a realização de perícia para constatar se a voz é ou não do réu, deverá haver o fornecimento de padrão de voz para essa comparação. Se o acusado, porém, se negar a fornecer esse padrão, isso não implicará confissão ou uma prova inequívoca de que a voz é, de fato, dele. Entretanto, parafraseando Nucci quando analisa a situação de um réu que não consegue demonstrar um álibi, a acusação avança em direção à condenação (NUCCI, 2009).

9. INTERCEPTAÇÃO DE DIÁLOGOS COM ADVOGADOS

De acordo com o art. 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável, nos limites da lei, por suas manifestações e por seus atos. Trata-se, pois, da chamada imunidade judiciária.

A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), por sua vez, assegura ao advogado a inviolabilidade, entre outras, da sua “correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” (art. 7º, II). Essa inviolabilidade, no entanto, conforme estabelece o § 6º do mesmo dispositivo, pode ser afastada, no caso de mandado de busca e apreensão, por decisão judicial motivada, quando houver “indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado”. Esse mesmo parágrafo veda “a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”. Por fim, o § 7º do mesmo artigo estabelece que a ressalva do parágrafo anterior “não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade”.

Em razão dessas citadas inviolabilidades do advogado, do sigilo profissional (art. 7º, XIX, do Estatuto da Advocacia) e da possibilidade de quebra (no caso de busca e apreensão), assim como da falta de disciplina do assunto na Lei nº 9.296/96, uma dúvida pode surgir: será válida a prova obtida por intermédio de uma interceptação telefônica que flagra a conversa de um advogado com alguém que seja alvo de uma investigação criminal?

Binder, analisando o sistema argentino, registra que as comunicações entre o imputado e seu defensor, seja qual for o meio realizado, são invioláveis,

não podendo ser violadas “*siquiera mediante la autorización de un juez, y en modo alguno pueden ser utilizadas dentro del proceso*” (BINDER, 2013, p. 191).

No Brasil, porém, a solução deve ser outra. O próprio Estatuto da Advocacia, nos §§ 6º e 7º do art. 7º, mesmo que trate de mandados de busca e apreensão, traz a solução para a questão. Se a conversa gravada se refere a orientações que o advogado repassa a um cliente que está sendo monitorado pela polícia judiciária, não se pode usar como prova os diálogos interceptados. Seria uma contradição o Estado, que exige o causídico sigilo profissional, poder quebrar esse sigilo, monitorando uma conversa reservada entre o defensor e o cliente, para usar o teor do diálogo como prova. Como ensina Greco Filho, não poderá ser admitido o procedimento de escuta quando, além do sigilo da comunicação telefônica, “estiver envolvido outro tipo de sigilo, como, por exemplo, o sigilo profissional, como ocorre na conversa do suspeito com seu advogado” (GRECO FILHO, 1996, p. 19).

Por outro lado, se o advogado estiver envolvido com a prática de infrações penais investigadas, comportamento que não se coaduna com o exercício da advocacia, a prova obtida por meio da interceptação telefônica será válida. Conforme ensina Nicolitt, não podem ser objeto de interceptação os diálogos profissionais entre o defensor e o advogado. Porém, será possível “se o advogado também estiver sendo investigado como coautor ou partícipe dos fatos objeto da investigação” (NICOLITT, 2009, p. 464).

O STJ vem reconhecendo que não há constrangimento ilegal, por inexistir direito fundamental absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, quando as conversas entre advogado e suposto cliente, gravadas durante o andamento das interceptações telefônicas, não se refiram ao efetivo patrocínio, mas ao cometimento de infrações penais por parte do causídico. A prerrogativa da inviolabilidade da comunicação concedida ao defensor, como deixa clara a redação do já referido inciso II do art. 7º do Estatuto da Advocacia, deve possuir relação com o “exercício da advocacia”, não podendo servir como barreira para protegê-lo quando estiver envolvido com prática de infrações penais.³²

Essa também tem sido a linha adotada na Suprema Corte:

32 STJ, HC 141.062/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.11.11; STJ, HC 132.137/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30.08.10; STJ, HC 20.087/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.08.03.

A comunicação entre o paciente e o advogado [...] não implica nulidade da colheita da prova indiciária de outros crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório, haja vista a garantia do sigilo não conferir imunidade para a prática de crimes no exercício profissional.³³

À luz do exposto, o advogado, se estiver no pleno exercício da atividade de advocacia, jamais poderá ter o sigilo profissional e os diálogos com clientes, seja por telefone ou não, violados. No entanto, se estiver envolvido, como coautor ou partícipe, com a prática de infrações penais, eventual prova obtida por meio de interceptações telefônicas será válida.

10. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

O art. 6º da Lei nº 9.296/96 determina que, deferido o pedido, a autoridade policial é quem deverá conduzir os procedimentos de interceptação telefônica. Assim, fica claro que esta tarefa deverá ser executada pelos órgãos que exercem função de polícia judiciária, sob a supervisão de um delegado de polícia.

Nesse diapasão, ensinam Gomes e Cervini que a operação de captação das comunicações é uma tarefa exclusiva da autoridade policial. Para os autores, mesmo que o Ministério Público esteja conduzindo uma investigação preliminar, deve a execução das interceptações telefônicas ficar a cargo de uma autoridade policial (GOMES E CERVINI, 1997).

Segundo estabelece o art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/13, a qualidade de autoridade policial é inerente ao cargo do delegado de polícia,³⁴ servidor que dirige as polícias judiciárias (Polícia Federal e polícias civis estaduais) e comanda a função de apuração de infrações penais, nos termos do art. 144 da Constituição Federal. Ora, se a interceptação telefônica é uma ferramenta de investigação criminal, voltada à obtenção de provas, e essa é uma atividade típica das polícias judiciárias, não restam dúvidas de que o procedimento deve ser conduzido por delegados de polícia (autoridades policiais).

33 STF, HC 106.225/SP, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 07.02.12. No mesmo sentido: STF, HC 96.909/MT, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17.11.09.

34 No caso específico do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Constituição Estadual estabelece, no art. 133, parágrafo único, que “São autoridades policiais os Delegados de Polícia de carreira, cargos privativos de bacharéis em Direito”.

Realizando-se uma interpretação sistemática da Lei nº 9.296/96, a conclusão não pode ser outra. Analisando-se, por exemplo, o *caput* do art. 8º, fica evidente que, na fase preliminar, as interceptações telefônicas deverão ocorrer, para preservação do sigilo, em autos apartados do *inquérito policial*. Além disso, o parágrafo único determina que, após a conclusão, os documentos inerentes às interceptações deverão ser juntados ao *inquérito policial* imediatamente antes do relatório. Com isso, percebe-se que não há menção na Lei 9.296/96 acerca de “outros procedimentos de investigação”. Muito pelo contrário: apenas autoriza a interceptação telefônica no âmbito do *inquérito policial*, procedimento de investigação criminal presidido por delegado de polícia e elaborado pelas polícias judiciárias. De acordo com a Constituição Federal, as interceptações telefônicas somente poderão ser realizadas “na forma que a lei” – no caso, a Lei nº 9.296/96 – “estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII), ou seja, apenas no âmbito dos inquéritos policiais, procedimentos de investigação criminal presididos por delegados de polícia.

Obviamente que, se o crime for da competência da Justiça Militar, a investigação ocorrerá por intermédio do inquérito policial militar (art. 144, § 4º, da CF), sendo lícita a realização de interceptações telefônicas para obtenção de provas. A respeito do assunto, confira-se a precisa lição de Greco Filho:

Quem conduz a diligência [...] é a autoridade policial (entenda-se autoridade de polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, se se tratar da competência da Justiça Militar), dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização (GRECO FILHO, 1996, p. 32-3).

Streck, ao tratar da possibilidade de o Ministério Público investigar, isoladamente, no âmbito criminal, admite que a Lei das Interceptações Telefônicas não reconheceu expressamente tal possibilidade:

Preocupa, sobretudo, que somente à autoridade policial é conferida a possibilidade de executar a interceptação (art. 6º, caput), quando se sabe que o inquérito policial é peça dispensável e que não é vedado ao Ministério Público realizar investigações (STRECK, 2001, p. 89).

Em síntese, ressalvadas as hipóteses de crimes militares, os procedimentos de interceptação telefônica deverão ser conduzidos por delegados de polícia. Mesmo que se reconheça a possibilidade de o Ministério Público in-

investigar, diretamente, na esfera penal, as interceptações telefônicas deverão ficar a cargo das polícias judiciárias, conforme estabelece a legislação mencionada (LOPES E PADILHA, 2012).

Entretanto, o STF, em situações excepcionais, tem admitido a possibilidade de a interceptação telefônica ser realizada por policiais militares, com a supervisão do Ministério Público.³⁵ Todavia, trata-se de decisão equivocada, em que se percebe uma ampliação do princípio da proporcionalidade para assegurar à acusação a utilização de prova obtida por meio ilícito, já que a investigação criminal foi realizada por agentes que não possuem essa atribuição.³⁶ Além disso, verifica-se que, na linha desse julgado, os fins justificam os meios utilizados, sem que haja qualquer autorização constitucional nesse sentido.

Nunca é demais lembrar que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por escuta ilegal realizada por oficiais da Polícia Militar, no Estado do Paraná, em sentença proferida em 06 de julho de 2009, naquele que ficou conhecido como “Caso Escher e outros vs. Brasil”.³⁷ O relatório preliminar da Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontou, entre as principais irregularidades, que o pedido de interceptação e monitoramento telefônico foi apresentado por um policial militar, o qual, de acordo com o artigo 144 da Constituição, carecia de competência para formulá-lo. Em face dessa condenação, o Brasil, por meio do Decreto nº 7.158/10³⁸, autorizou a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, determinando a reparação dos atingidos pela violação.

35 STF, HC 96.986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.05.12 (no caso concreto, suspeita de envolvimento de policiais civis com rufianismo e favorecimento à prostituição). No STJ, também se encontram decisões nesse sentido: HC 45.630/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. 16.02.06 (possibilidade de interceptação telefônica pela polícia rodoviária federal); HC 131.836/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.10.10 (possibilidade de interceptação telefônica por agentes penitenciários); HC 244.554/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 17.10.12 (possibilidade de interceptação telefônica por servidores do MP).

36 Aqui, poder-se-ia questionar o seguinte: havendo suspeita de crimes por parte de magistrados ou de membros do Ministério Público, policiais militares, então, em razão dos argumentos apresentados na decisão do STF, poderiam executar interceptações telefônicas? E os guardas municipais, que também não possuem tal atribuição constitucional, poderiam, igualmente, desempenhar tal papel sob o controle do Poder Judiciário ou do Ministério Público?

37 Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>> Acesso em: 20 fev. 2015.

38 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7158.htm> Acesso em: 20 fev. 2015.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a lei que regulamentou as interceptações telefônicas ser do já distante ano de 1996, algumas questões ainda são discutidas, até hoje, nos tribunais. Como se mencionou inicialmente, procurou-se neste artigo focar a pesquisa nas posições preponderantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre esses aspectos polêmicos.

Obviamente que outras discussões relacionadas com o assunto poderiam ser trazidas ao longo do texto, como, por exemplo, a desnecessidade de a autoridade policial que preside as interceptações telefônicas obter nova autorização judicial específica para identificação dos interlocutores que conversaram com o investigado, bem como a constitucionalidade ou não do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96, que também prevê a possibilidade de interceptação do fluxo de qualquer sistema de informática e telemática, uma vez que, na visão de alguns, a Constituição Federal apenas faria alusão à possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas. No entanto, foram escolhidos aqueles temas que, a nosso sentir, são os mais corriqueiros e em que se pode verificar que a jurisprudência dos tribunais citados, em linhas gerais, já se encontra consolidada.

Cabe ainda registrar que a interceptação telefônica, ao longo dos anos, tem sido uma interessante ferramenta de investigação criminal, ajudando a polícia judiciária na elucidação de diversas infrações penais, especialmente as mais complexas, em que a prova não pode ser obtida por outro meio. Não se pode olvidar, por exemplo, que muitos presos condenados continuam comandando organizações criminosas, com o uso de aparelhos celulares, de dentro dos presídios.

No entanto, por restringir o direito fundamental da intimidade, esse meio de investigação criminal, como prevê a própria lei que o regulamentou, não pode ser banalizado, mas utilizado, isso sim, quando outras formas de obtenção de prova se mostrarem inadequadas. Dessa maneira, em respeito ao princípio da proporcionalidade, existirá um equilíbrio entre a eficácia do meio empregado para a obtenção de provas (interceptação telefônica) e o respeito aos direitos fundamentais dos investigados.

FÁBIO MOTTA LOPES

MESTRE EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESPECIALISTA EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. PROFESSOR DE DIREITO PENAL DA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS). PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL PENAL NAS ESPECIALIZAÇÕES DA UNISINOS, DA UNIRITTER E DA FACULDADE IDC. PROFESSOR DA ACADEMIA DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL. DELEGADO DE POLÍCIA/RS

E-MAIL: FABIO-LOPES@PC.RS.GOV.BR

THE MAIN DISPUTE CONCERNING THE TELEPHONE INTERCEPTIONS

ABSTRACT

An effective form of criminal investigation used by the police, focused on obtaining the necessary evidence to a criminal process are phone calls interceptions. However, so that fundamental rights of the people that are under investigation are respected during the procedure, specially the right for privacy, these means of obtaining criminal proof must be used in the limits defined by the Law n. 9296/96 and as a investigation mechanism only in the hypothesis that other means to obtain the elucidation of the crime are helpless. Therefore, to validate evidences obtained through phone calls interceptions, there must be a balance between the effectiveness of the criminal process and the respect of the fundamental rights of the person who is being investigated. That is exactly the subject under analysis in this article, specially the current point of view of the Federal Supreme Court and the Justice Supreme Court, particularly about the most controversial legal aspects regarding the matter.

KEYWORDS: Criminal investigation. Phone calls interception. Criminal proof. Jurisprudence.

CONTROVERSIAS RELATIVAS A LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA

RESUMEN

Una de las formas efectivas de penal utilizado por la policía judicial, dirigida a la obtención de pruebas en el proceso penal, son las interceptaciones telefónicas. Sin embargo, para que se respeten los derechos fundamentales del investigado, especialmente el derecho a la privacidad, este medio de obtención de pruebas debe ser utilizado dentro de los límites establecidos por la Ley 9.296 / 96 y como mecanismo de investigación sólo en los casos en que otros medios son insuficientes para el esclarecimiento del delito que se investiga. Para la validez de las pruebas

obtenidas mediante escutas telefônicas, por lo tanto, tiene que haber un equilibrio entre la eficiencia de los procesos penales y el respeto de los derechos fundamentales del investigado. Y esto es exactamente lo que se analiza en este artículo, con énfasis en las posiciones adoptadas actualmente por el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, en particular con respecto a los aspectos legales más controvertidos sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: Investigación criminal. Interceptación de llamadas telefônicas. La prueba penal. Jurisprudencia.

12. REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. São Paulo: Método, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Direito processual penal – tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. “Lei 9.296/96 – Interceptação Telefônica”. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 47, p. 3, out. de 1996.
- FERNANDES, Antonio Scarance. “Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei”. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 45, p. 15, ago 1996.
- _____. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica. Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96”. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 45, p. 14, ago 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____; PADILHA, Antônio Carlos Pacheco. “A Impossibilidade de Realização de Interceptação Telefônica pelo Ministério Público”. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. 74, p. 39-51, 2012.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Sigilo nas Comunicações. Aspecto Processual Penal”. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 49, p. 7-8, dez. 1996.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: procedimento investigatório**. São Paulo: Atlas, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SUITA PÉREZ, Nora. La Diligencia de Intervenciones Telefónicas. In: MARTÍN GARCIA, Pedro (dir.). **La actuación de la policía judicial en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 109-51.

