

WESLAYNE CRISTINA SOUSA DA SILVA

**O INSTRUMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO
DE OBTENÇÃO DE PROVA**

CURSO DE DIREITO – UnieEvangélica

2019

WESLAYNE CRISTINA SOUSA DA SILVA

O INSTRUMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms. Alessandro Gonçalves da Paixão

WESLAYNE CRISTINA SOUSA DA SILVA

**O INSTRUMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO
DE OBTENÇÃO DE PROVA**

Anápolis, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa de maneira clara e sintética a análise acerca do Instrumento da Interceptação Telefônica como Meio da Obtenção de Prova, baseando-se na legislação, doutrinas próprias e jurisprudência. O referido tema será abordado em três capítulos. O primeiro diz respeito a interceptação telefônica sob as garantias constitucionais; o segundo a prova, em um aspecto geral, no processo penal brasileiro e, por fim, no terceiro capítulo abordar-se-á acerca da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova. Como metodologia utilizada, o presente embasa-se na exposição do pensamento de vários autores. Foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, tendo como apoio e base de diversos doutrinadores especializados sobre o assunto em questão, por meio de consultas a livros periódicos, artigos, legislação e jurisprudência, possibilitando ao leitor uma visão crítica do tema diante da enorme divergência de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários concernentes ao mesmo.

Palavras chaves: Interceptação Telefônica. Garantias Constitucionais. Prova. Ilícita.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	03
1.1 O Sigilo das Comunicações Telefônicas no Sistema anterior à Constituição Federal de 1988	03
1.2 Inovações no âmbito da Constituição Federal de 1988 quanto à Interceptação Telefônica.....	07
1.3 O Direito Fundamental à Intimidade e à Vida Privada.....	09
CAPÍTULO II – A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	13
2.1 Aspectos Gerais da Prova e do Procedimento Probatório	13
2.2 Das Provas em Espécie.....	17
2.3 Da Inadmissibilidade da Prova Ilícita.....	21
CAPÍTULO III – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA	23
3.1 Diferenças entre “Interceptação Telefônica”, “Escuta Telefônica” e “Gravação Clandestina”	23
3.2 Considerações sobre a Lei n.º: 9.296 de 1996 (LIT).....	25
3.3 Posicionamento do STF acerca da Interceptação Telefônica	31
3.4 As Interceptações Telefônicas na Operação Monte Carlo.....	33
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico tem como propósito discorrer acerca do Instrumento da Interceptação Telefônica como Meio de Obtenção de Prova, destacando os requisitos para a sua admissibilidade no Ordenamento Brasileiro.

A Interceptação Telefônica consiste na gravação do conteúdo de uma comunicação telefônica entre dois ou mais sujeitos, sendo esta realizada por uma terceira pessoa sem que os demais interlocutores estejam cientes da captação.

A Constituição Federal Brasileira assegura em seu artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas como garantia ao sigilo e a intimidade. Há, entretanto, uma ressalva neste mesmo inciso que reconhece, em último caso, a possibilidade de que a Interceptação Telefônica seja realizada por meio de autorização judicial.

Neste sentido houve a necessidade de se criar uma legislação que regulamentasse as Interceptações Telefônicas e o seu uso nos trâmites da investigação criminal e da instrução no processo penal. A Lei Nº 9.296, criada em 24 de julho de 1996, surge a fim de normalizar a autorização destas interceptações.

Além de disciplinar a utilização do meio eletrônico como forma de captação de prova apresentando requisitos para que isso ocorra, a norma tipifica como 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” estipulando pena de reclusão de dois a quatro anos e multa.

Ainda assim, a partir da normalização do uso deste instituto, surgem

inúmeras controvérsias acerca do tema. Um exemplo disso é a discussão em relação à admissão da prova colhida de forma ilícita pela Interceptação Telefônica, quando de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, desde que em favor do réu para a sua absolvição.

O caso supracitado é uma exceção à inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito. Isso, pois a regra é que apenas serão admitidas as provas produzidas pelas partes com fulcro na idoneidade e no Princípio Processual da Boa Fé.

Importante ressaltar que o direito à prova é uma garantia constitucional e um direito fundamental que se estende à possibilidade de que as partes utilizem quaisquer meios probatórios. A admissibilidade das provas é então a regra geral, nesse sentido as provas ilícitas e ilegítimas são exceções que carecem de justificativa para que se configurem como inadmissíveis.

CAPÍTULO I – AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Inicialmente, mister se faz ressaltar a relevância das garantias e direitos fundamentais do homem para que haja uma coexistência harmônica e pacífica em sociedade. Tais prerrogativas nos foram asseguradas, dentro do contexto jurídico, através da Constituição Federal, responsável pela manutenção de leis que disponham sobre estas garantias e direitos (BARROSO, 2013).

Com as constantes inovações tecnológicas e o aumento repentino das comunicações via telefone, inúmeras discussões passaram a surgir quanto ao direito à privacidade no que se refere ao conteúdo destas. Pouco a pouco, as legislações vigentes passam a ser atualizadas e, na mesma medida, outras normas surgem com o fim de regulamentar o sigilo das comunicações (CABETTE, 2015).

Por se tratar de um assunto em constante inovação no nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário para o estudo deste tema, uma construção cronológica no que diz respeito aos apontamentos existentes antes e depois da promulgação de nossa atual Constituição Federal.

1.1 O Sigilo das Comunicações Telefônicas no Sistema Anterior à Constituição Federal de 1988

A garantia constitucional ao sigilo das comunicações, em sentido mais amplo, foi instituída pela primeira vez através da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual tratava da correspondência. Nesta

situação, a proteção surge em caráter absoluto, sem que houvesse nenhuma exceção ou ressalva:

Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 18º - É inviolável o sigilo da correspondência;

Apenas em 1962 uma norma jurídica brasileira, passa a assegurar a inviolabilidade no que se refere à Comunicação Telefônica, como nos elucida, o mestre César Dario Mariano da Silva (2010). O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal N. 4.117/1962) nos trouxe o seguinte texto em seu artigo 55: “É inviolável a telecomunicação nos termos desta lei”, momento em que se iniciaram inúmeras discussões acerca do tema aludido.

Ocorre que, na mesma medida em que surge uma garantia expressa ao sigilo das comunicações telefônicas, ergue-se no mesmo código, um leque de situações tidas como exceção e que permitiriam a quebra deste sigilo. Importante mencionar certos fragmentos dos artigos 56 e 57 do código supracitado:

Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

§ 1º Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada.

§ 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação.

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
 - b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
 - c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
 - d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
 - e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação dêste.
- Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente

recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública (BRASIL, 1962).

Art 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (BRASIL, 1962).

A edição desta norma trouxe à tona uma significativa discussão acerca da possibilidade da utilização de conversações obtidas por meio da interceptação telefônica para fins probatórios em nosso ordenamento jurídico. Ressalta em sua Monografia Rodolfo Macedo Do Prado, *apud* Ada Pellegrini Grinover (1982, p.262):

Verifica-se, assim, que o art. 57, inc. II, nos itens c, d e e, do Código de Telecomunicações, possibilita o 'conhecimento' de conversações telefônicas por parte de determinadas autoridades; deixando de lado o disposto nos itens c e d, que dizem respeito a finalidades diversas, o 'conhecimento' pode ser dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste; o que significa, em última análise, que o juiz pode determinar, mediante ordem judiciária, a interceptação de uma conversação telefônica e sua gravação, para fins probatórios.

Surge então com o advento do código, a garantia de que, na existência de uma ação, o juiz competente obtivesse acesso ao conteúdo dos diálogos das comunicações telefônicas. Importante se faz ressaltar que não existia, até então, a discussão acerca de inconstitucionalidade da norma, haja vista a omissão da Constituição Federal que nada dispunha em relação à privacidade das telecomunicações (PRADO, 2014).

A atribuição do caráter inviolável às comunicações telefônicas ocorreu somente com o advento da Constituição Federal de 1967, que apenas veio a ser promulgada através da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969. Entretanto, o texto disposto na nova Constituição, apenas incluiu o sigilo telefônico e nada deliberou

sobre possíveis exceções, permanecendo inerte no que diz respeito à possibilidade de utilização das interceptações no âmbito judicial:

Art. 153 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 9º – São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (BRASIL, 1967).

A disposição trouxe uma importante discussão no tocante à inconstitucionalidade da Interceptação Telefônica, pois pela primeira vez a Constituição Federal aduziu uma referência ao sigilo das comunicações telefônicas de forma expressa e absoluta, sem nenhuma possibilidade de sua violação, diferentemente do que aludia o Código de Telecomunicações, como expõe Eduardo Luis Santos Cabette:

Aparentemente a vedação quanto à quebra do sigilo das comunicações seria absoluta, não admitindo qualquer espécie de exceção. Surgia então a questão discutida sobre a recepção ou não do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações [...](2015, p. 15).

O tema foi motivo de grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Parte dos doutrinadores defendiam a tese de que a norma constitucional possuía plena eficácia e seria irrefutável, sustentando a inviolabilidade das comunicações e, na mesma medida, a inconstitucionalidade das exceções trazidas pelo Código de Telecomunicações. Neste sentido, dispõe Vicente Greco Filho:

Esse texto (Código de Telecomunicações) era questionado em face da Constituição então vigente, pois esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional (2015, p. 20).

Em contrapartida, uma parcela dos doutrinadores compreendia como constitucionais as disposições do código relacionadas a possibilidade da interceptação telefônica, desde que havendo requisição judicial, utilizando-se da justificativa de que nenhuma norma seria absoluta. Ainda sobre o tema, esclarece Greco Filho:

[...] o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias, que sustentavam a compatibilidade do art. 57

do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves (2015, p. 20).

Não obstante a discordância existente entre os estudiosos da época, a Constituição vigente versava de forma absoluta sobre o sigilo das comunicações telefônicas, sem que houvesse nenhuma possibilidade constitucional de exceção, o que apenas ocorreria com o advento de uma nova Constituição Federal.

1.2 Inovações no Âmbito da Constituição Federal de 1988 Quanto à Interceptação Telefônica

Imprescindível ressaltar a importância da Carta Magna de 1988 no que se refere ao sigilo das interceptações telefônicas. A Constituição, além de outras inúmeras inovações, trouxe em seu texto, no artigo 5º, inciso XII, a possibilidade da quebra do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O texto da lei, apesar da inovação, suscitou uma lacuna significativa vez que, ao mesmo instante em que abriu exceções para que se realizasse a interceptação das comunicações telefônicas, impôs que estas somente poderiam ocorrer nas hipóteses e na forma que a lei estabelecesse, sugerindo a necessidade de uma lei específica para normalizar este instituto (CABETTE, 2015).

Assim, nos relata Eduardo Luis Santos Cabette:

Como era esperado, imediatamente instalou-se a polêmica acerca da receptividade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Seria tal normatização suficiente ou estaria a Constituição Federal de 1988 a exigir diploma mais completo? Na verdade, a norma do art. 57 da Lei n. 4.117/62 não tem o condão de regulamentar a matéria propriamente como quer a Constituição, tratando-se de disposição altamente singela e lacunosa (2015, p.17).

Não havia àquela época, porém, nenhuma norma regulamentadora que dispusesse sobre o assunto, o que ocasionou um novo debate acerca do tema: com

o advento da Constituição, poderiam as interceptações serem realizadas, mesmo mediante a inexistência de uma norma específica que regulamentasse o dispositivo? Neste sentido, Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, manifestaram-se sobre a necessidade de lei específica:

‘Enquanto não for promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações e escutas telefônicas, não há base legal para a autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas serão ilícitas, subsumindo-se à espécie do inc. LVI do art. 5º da Constituição’ (1994 p. 151).

A resposta, dando definitivamente um fim ao questionamento, veio através do Supremo Tribunal Federal considerando ilícita qualquer prova adquirida por meio da interceptação telefônica:

O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é autoaplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI) (HC 72588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 4.8.2000, p. 3).

Apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, as interceptações telefônicas continuaram a ser utilizadas e aceitas por tribunais em todo o país como meio de obtenção de prova, considerando-as lícitas mesmo com a inexistência de uma lei regulamentadora.

O instituto da interceptação telefônica encontrava-se então desprotegido por conta da inexistência de regras que delimitassem o seu uso. Como exemplo, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEASCORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE

“SÃO INADMISSÍVEIS...AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO”, NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEQUETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA “ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL” (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA “RAZOABILIDADE” (REASONABLENESS). O PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA. (STJ. HC 3982 /RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 5.3.1996).

Essa situação apenas se findaria com a promulgação da Lei 9.296/96, oito anos após o advento da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, na mesma medida em que a Constituição Federal de 1988 ocasionou importante inovação no que se refere a possibilidade de exceção do sigilo das comunicações telefônicas, também foi a grande responsável por estatuir um rol de direitos e garantias fundamentais, o que influencia diretamente nas discussões acerca do tema deste trabalho de conclusão de curso.

1.3 O Direito Fundamental à Intimidade e à Vida Privada

Muito se fala sobre direitos e garantias fundamentais, e não é incomum que estes termos sejam entendidos como sinônimos, muito embora ambos estejam relacionados.

Segundo o professor e ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo” (2013), as garantias são instituições, condições ou procedimentos, colocados à disposição de seus titulares para promovê-los ou resguardá-los.

No que se refere aos direitos fundamentais, objeto de estudo neste título, Barroso os conceitua como uma espécie de direitos constitucionais e conclui:

Tais direitos, talhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à

propriedade. Destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado (2013, p. 211).

Ainda no que diz respeito aos Direitos Fundamentais, elencados pelo artigo 5º, X da Constituição Federal, de 1988, dois deles são de importante observação quando abordado o tema “Interceptação Telefônica”, são estes: o direito à intimidade e o direito à vida privada.

Tratando-se de conceito, há em nossa doutrina quem os difere, na justificativa de que ambos são citados separadamente no texto constitucional e, por esse motivo, teriam significados distintos. Como exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho que define a intimidade como sendo:

[...]a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar”. Já no que se refere à vida privada, entende como “a que se desenvolve fora das vistas do público perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos” (1999, p. 90).

Em detrimento destes, há quem considera os termos como um só, nestes moldes José Cretella Júnior (1989, *apud* RAMOS, 1996, p. 15) menciona no seguinte sentido: “Novamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que ‘intimidade’ do cidadão é sua ‘vida privada’, no recesso do lar”.

Para fins de elaboração desta dissertação, os institutos serão abordados conjuntamente, respeitando, porém, as diversas diferenças doutrinárias existentes no que se refere ao tema.

Os chamados Direitos Fundamentais foram inseridos em nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu artigo 5º, X, um rol de direitos inerentes ao indivíduo e lhe conferindo a possibilidade de reparação no caso de violação desses, tanto por parte do Estado, como por um particular.

Não bastando, a proteção explícita fomentada pela Carta Magna quanto à intimidade e à privacidade, o constituinte optou por reafirmá-la no inciso XII do

mesmo artigo, quando assegura o sigilo da correspondência, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (RAMOS, 1996).

Nesta senda, o que se verifica é uma grande preocupação quanto à intimidade e privacidade do indivíduo. São exatamente esses direitos os que sofrem violação quando da quebra do sigilo das comunicações telefônicas (RAMOS, 1996).

Sobre o tema, dispõe Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes:

É que as interceptações representam não apenas poderoso instrumento, frequentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como última *ratio* (1994, p.176).

Ocorre que, ao mesmo instante em que a Constituição visa acentuadamente dar proteção aos direitos fundamentais, possibilita que estes sejam invadidos, através da quebra de sigilo telefônico, mediante requisição judicial, na tentativa de proteger valores fundamentais da coletividade e da ordem pública (RAMOS, 1996).

Neste tocante, o Ministro Sebastião Reis Júnior, no julgamento de um Habeas Corpus, fez uma importante reflexão:

Por isso mesmo, inicio com as seguintes reflexões: Qual o 'valor mais nobre': o valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os 'limites' do direito à prova? O 'modo de agir' pode valer mais do que o 'resultado'? Como devem ser vistas as regras probatórias? De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comunicações telefônicas, bancário e fiscal); de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas. Frente a essas reflexões, nada melhor, então, do que nos socorrer dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que assinalam: Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. Por isso, a Lei 11.690/2008, dando nova redação ao art. 157 do CPP, diz que 'são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas

constitucionais ou legais'. Também o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, em regras consideradas de superposição e aplicáveis a todo e qualquer processo, consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos (art. 332 do CPC) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (art. 295 do CPPM) (HC n.º:0027066-38.2010.4.01.0000/MA, 27 de julho de 2010).

O que se pode resumir é que a quebra do sigilo telefônico é exceção, em caso de extrema necessidade para a produção da prova no processo, sendo a inviolabilidade então a regra, regra esta, mantida através da proteção aos direitos fundamentais, mais precisamente à intimidade e à privacidade.

A produção de provas em desrespeito à estes direitos constitui prova ilícita e possível de ter sua nulidade declarada, assim como outras provas decorrentes destas, por contaminação.

CAPÍTULO II – A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A prova em si, é um dos temas mais discutidos hodiernamente, principalmente, no que se refere ao processo penal, tendo em vista esta ser um pressuposto fundamental para se atingir, por meios lícitos, a verdade real, possuindo por finalidade influenciar no convencimento do julgador (LOPES JR., 2018).

E é justamente neste íterim que se afigurará este segundo capítulo, onde será explanado acerca de como funciona o procedimento probatório, das provas em espécie e por fim, explanar-se-á no que diz respeito a inadmissibilidade das provas ilícitas, haja vista estas serem expressamente vedadas pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, entretanto, usadas em alguns casos, como meio de beneficiar o acusado a fim de obter a sua inocência, a chamada teoria da proporcionalidade, razoabilidade ou do sacrifício.

2.1 Aspectos Gerais da Prova e do Procedimento Probatório

Originando-se do latim, a palavra “prova”, naqueles termos “*probatio*”, oriundo do vocábulo “*probare*”, tem por significado reconhecer, demonstrar, formar determinado juízo (MICHAELIS, 2019).

Sabe-se, que prova é todo o recurso pelo qual se procura mostrar a verdade, bem como a existência de um determinado fato, sendo geralmente produzida na fase judicial propícia, permitindo sempre a manifestação da parte contrária, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (LOPES JR, 2018).

A apresentação dos fatos em que se assegura a pretensão do autor, assim como aquilo que o réu alega em contrapartida, é o que constitui a prova. O processo em sentido amplo, é o aglomerado de atos legalmente ordenados, que objetiva a apuração dos fatos, da autoria e da correta e justa aplicação da lei. Logo, possui por finalidade a descoberta da verdade, que é o meio, qual seja, a prova, sendo este conjunto de demonstração de fatos que a concebe (CAGLIARI, 2016).

A atividade probatória tem por objetivo o conhecimento de seu destinatário final, qual seja, o juiz, uma vez que este não presenciou o fato o qual se submete a sua apreciação, sendo por meio das provas que tal poderá refazer o momento histórico em litígio, para solucionar se a infração realmente ocorreu ou se o réu foi seu autor. Dessa forma, o que se almeja com a prova é a demonstração da veridicidade processual relativa, já que assim como nas variadas atividades humanas é impossível alcançar no processo a verdade absoluta (REIS; GONÇALVES, 2018).

Frisa-se que apenas os fatos, objeto da prova, sendo eles os principais ou secundários, devem ser provados, já que a instrução quanto ao direito, no que se refere o juiz, é presumida. Sobre o tema, afirma Paulo Rangel:

O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *themaprobandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias (2019, p.494).

Diferente do Direito Processual Civil, no processo penal, os fatos, sendo eles controvertidos ou não, necessitam ser provados em decorrência dos princípios da verdade processual e do devido processo legal, vez que mesmo que o réu confesse os fatos narrados na denúncia, essa confissão não possui valor absoluto, devendo para tanto, ser apresentada com os demais elementos de prova dos autos (RANGEL, 2019).

Todavia, nem todos os fatos e circunstâncias concernentes a causa, possuem a necessidade de serem provados, pois a atividade probatória tem aspecto

essencialmente utilitário, de maneira a restringir seu objeto aos acontecimentos pertinentes e fundamentais ao julgamento da causa. Apesar das provas irrelevantes ao processo penal Alexandre Cebrían Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves discorrem:

- a) fatos impertinentes (alheios à causa) ou irrelevantes (relacionados à causa, mas sem influência na decisão), pois nada justifica que se deturpe a atividade instrutória, de maneira a retardar a entrega do provimento jurisdicional, em busca de informações que em nada irão contribuir para o julgamento da lide penal.
- b) fatos notórios, entendidos esse como os acontecimentos ou situações que são de conhecimento geral (2018, p.217).

As provas podem ser classificadas quanto ao objeto (direto ou indiretamente), quanto ao sujeito (real ou pessoal) e quanto à forma (testemunhal, documental e material). No que se refere ao objeto, sabe-se que este é o fato, é a veracidade da imputação penal feita pelo Ministério Público em seu petitório inicial, com todas as suas circunstâncias, sendo direito quando se referir ao próprio fato probando, isto é, não há a necessidade de qualquer meio lógico de construção para ser provado e indireto, quando não se dirige ao próprio fato probando, mas por todo um raciocínio que fora desenvolvido para se obter o fim (RANGEL, 2019).

O sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde procede a prova, podendo ser pessoal, aquela que é emanada do próprio indivíduo como é o caso da prova testemunhal por exemplo e a real, que é aquela originada nos vestígios deixados pelo crime. Por fim, no que diz respeito a forma, a prova pode ser testemunhal, documental e material, isto é, é a forma pelo qual as partes manifestam em juízo a veracidade de suas alegações. Testemunhal sendo o indivíduo chamado a depor; documental a afirmação escrita ou gravada e material, aquela consistente em qualquer materialidade que sirva como esclarecimento sobre o fato a ser provado (RANGEL, 2019).

Com o escopo de alcançar a verdade processual ou histórica no processo, têm-se a chamada procedimento probatório que visa a realização prática dos meios de prova a fim de estabelecer a certeza dos fatos. As atividades do procedimento probatório desdobram-se em quatro momentos: proposição ou indicação; admissão; produção e valoração da prova (BUENO, 2015).

A proposição da prova dá-se quando as partes indicam quais os meios de prova que utilizarão no decorrer do processo para formar a convicção jurisdicional. São realizadas normalmente por meio de suas peças iniciais, o Ministério Público na denúncia, oferecendo desde já o rol de testemunhas e a defesa, em seu petítório de resposta (BUENO, 2015).

Quando o juiz se manifesta acerca do ingresso das provas nos autos, é o que se têm por admissão das provas, isto é, quando aceita a denúncia do *parquet* e posteriormente, recebe a resposta prévia da defesa técnica. Após a admissão das provas pelo juízo, há a chamada produção de provas que é o momento processual em que as partes exercerão o contraditório sobre os meios de provas que foram eleitos pelas partes, pois a produção é exatamente a valoração, realizadas por estas, do material probatório (BUENO, 2015).

O que finda o procedimento probatório é a valoração das provas, apresentadas no curso do processo, pelo juiz. É o momento em que este exercerá o juízo crítico e avaliativo a respeito das provas a fim de fundamentar sua decisão (BUENO, 2015).

Assim traz o artigo 155, do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

São utilizados pelo magistrado três sistemas para avaliação das provas, sendo – as a livre convicção, a prova legal e a persuasão racional. Explica Guilherme de Souza Nucci:

São basicamente três sistemas: a) livre convicção, que é o método concernente à valoração livre ou à intima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema, que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando um preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao

critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. [...] c) persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrado, inclusive, fundamentado na constituição federal (artigo 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato (2019, p.512).

Entretanto, cabe lembrar que, a liberdade de apreciação da prova pelo juiz, não significa que este possa usar a sua opinião pessoal ou experiência corriqueira como meio de prova. O magistrado deve extrair a sua convicção das provas produzidas e apresentadas legalmente no curso do processo, mas não pode produzir depoimento pessoal, tão menos expor suas ideias como se fossem fatos incontroversos (NUCCI, 2019).

2.2 Das Provas em Espécie

As provas em espécie, também conhecidas como meios de provas, por alguns doutrinadores, são todos aqueles que, direta ou indiretamente, são utilizadas pelo juiz para conhecer da verdade dos fatos, estando estes previstos em lei ou não. Em suma, é o caminho percorrido pelo magistrado para formar sua convicção acerca dos fatos ou coisas alegados e apresentados pelas partes (RANGEL, 2019).

2.2.1 Perícia

Tem por finalidade, por meio de um exame realizado por pessoa especializada, instruir o julgador sobre a matéria técnica, científica ou artística relacionada ao fato criminoso e suas circunstâncias. É corporificada por meio de um laudo, documento em que os peritos devem registrar tudo o que observaram e concluíram do exame (REIS; GONÇALVES, 2018).

Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2018, p.423): “Assim, a perícia subministra fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões que estão fora de órbita do saber ordinário”.

2.2.2 Interrogatório

O interrogatório é o ato processual em que se ouve o acusado, pelo juiz, acerca da imputação que lhe é feita. A função é dar materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta (LOPES JR., 2018).

É por meio do interrogatório que o executado pode exercer seu direito de audiência, o direito de permanecer em silêncio ou o ato de influenciar diretamente no convencimento do jurisdicionado, expondo os fatos, esclarecendo a imputação e indicando demais provas. Outrossim, o direito de presença tem por objetivo permitir que o acusado participe de todos os atos instrutórios (REIS; GONÇALVES, 2018).

Objetivando permitir a defesa do sujeito passivo, o interrogatório deve ser submetido a toda uma série de regras de lealdade processual, que nas palavras de Aury Lopes Júnior, podem ser assim resumidas:

- a) deve ser realizado de forma imediata, ou, ao menos, num prazo razoável, após a prisão;
- b) presença de defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o sujeito passivo;
- c) comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos e resultados da investigação e que se oponham aos argumentos defensivos;
- d) proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou a colaborar com a investigação;
- e) respeito ao direito de silêncio, livre de pressões ou coações;
- f) tolerância com as interrupções que o sujeito passivo solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com o defensor;
- g) permitir-lhe que indique elementos de prova que comprovem sua versão e diligenciar para sua apuração;
- h) negação de valor decisivo à confissão (2018, p. 444).

Frisa-se que o interrogatório é um ato personalíssimo, já que só o acusado pode ser interrogado; oral, pois é feito, em regra, por meio de palavras; ato não sujeito a preclusão, uma vez que pode ser praticado em qualquer tempo; público, sendo que qualquer pessoa pode presenciá-lo e um ato bifásico, pois se constitui em duas fases, uma sobre a pessoa do acusado e a outra sobre os fatos (REIS; GONÇALVES, 2018).

2.2.3 Confissão

A confissão é o reconhecimento feito pelo imputado de sua própria responsabilidade, isto é, o reconhecimento da autoria. A confissão deve ser pessoal, tendo em vista que só é válida se realizada pelo próprio acusado, sem possibilidade de substituição por procurador ou advogado. Ocorre, em regra, no ato do interrogatório e possui caráter relativo, é divisível e retratável (REIS; GONÇALVES, 2018).

2.2.4 Da Prova Testemunhal

A prova testemunhal é um dos principais meios de prova do processo criminal brasileiro, mesmo com sua imensa fragilidade e pouca credibilidade, esta culmina por ser a base da grande maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas pelos magistrados (LOPES JR., 2018).

Testemunha para Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves é:

[...] a pessoa física distinta dos sujeitos processuais chamada a juízo para prestar informações sobre fatos relacionados a infração, mediante assunção de compromisso de dizer a verdade. [...]. Em regra, toda pessoa pode servir de testemunha (art. 212 do CPP), sem que se exija qualquer qualidade ou requisito para que possa ser ouvida nessa condição (2018, p. 256).

O indivíduo como testemunha, possui o dever jurídico de prestar depoimento, não podendo este se eximir de tal obrigação. A ausência injustificada na audiência, sujeita a testemunha a condução coercitiva, ao pagamento de multas e diligência, bem como implica na sua responsabilização por crime de desobediência. Salienta-se que assim como a obrigatoriedade de depor, este ainda deve prestar compromisso, sendo o ato por meio do qual a testemunha, faz a promessa de dizer apenas a verdade sobre o que souber e lhe for perguntado (REIS; GONÇALVES, 2018).

2.2.5 Do Reconhecimento de Pessoas e Coisas

Em alguns casos, para a formação da convicção do magistrado, é necessário a submissão do acusado, vítima, testemunhas ou mesmo terceiros a

reconhecimento, a fim que o reconhecedor possa afirmar se identifica ou não determinado indivíduo, sendo possível ainda, que este reconhecimento recaia sobre o objeto utilizado para a prática da infração (REIS; GONÇALVES, 2018).

Seu procedimento está previsto no artigo 226, do Código de Processo Penal, podendo ocorrer na fase pré-processual, como na processual. Trata-se de uma prova cuja a maneira a ser produzida está estritamente definida, partindo sempre da premissa que não há espaço para informalidades judiciais (LOPES JR., 2018).

2.2.6 Acareação

Colocar cara a cara os acusados é o significado etimológico da acareação. Tal ato está disposta no artigo 229, do CPP, sendo admitida entre os acusados; acusados e testemunhas; testemunhas; acusado e vítima; testemunha e vítima, e, entre vítimas. Pode ser realizada tanto na fase policial, tanto na judicial, devendo sempre ser respeitado o direito do imputado de não participar do ato. Deverá ser feito em audiência, constando na ata a descrição das perguntas e respostas (LOPES JR., 2018).

Outrossim, a realização da acareação pressupõe que, as pessoas que serão submetidas a tal ato já tenham sido ouvidas em oportunidade anterior e que haja divergência entre as declarações das pessoas envolvidas, referente a ponto relevante para o resultado final do processo (REIS; GONÇALVES, 2018).

2.2.7 Da Prova Documental

A respeito do conceito de documento, Aury Lopes Junior afirma que:

[...] a prova documental acaba por ser toda a classe de objetos que tenham uma função probatória, contando que esses, por sua índole, sejam suscetíveis de ser levados ante a presença judicial; isto é, que documento é qualquer objeto móvel que dentro do processo possa ser utilizado como prova, contrapondo-se neste sentido, a prova de inspeção ocular que se pratica naqueles objetos que não possam ser incorporados no processo (2018, p.503).

Logo, conclui-se que além dos documentos escritos, tem-se a possibilidade da juntada de fitas de áudio, vídeo, fotografias, tecidos e objetos móveis que possam ser apresentados ao processo em matéria física e que desempenhem uma função persuasiva (LOPES JR., 2018).

2.2.8 Dos Indícios

As circunstâncias conhecidas e provadas, que possuindo relação com o fato, autorizam por meio de indução, concluir a existência de outra circunstância, são chamados de indícios. É, desta forma, o fato devidamente comprovado que por indução lógica, faz-se presumir a ocorrência ou não do fato a ser provado (REIS; GONÇALVES, 2018).

A diferença entre indícios e provas, consiste em o menor e o maior grau de confiabilidade que os elementos de informação ofereçam ao juiz. Se os indícios de autoria justificam uma prisão cautelar, ou mesmo, um sequestro de bens vez que a cognição é sumária e limitada ao *fumus commissi delicti*, estes jamais podem legitimar uma sentença penal condenatória (LOPES JR., 2018).

2.2.9 Da Busca e Apreensão

A Busca e Apreensão possui natureza cautelar destinada a encontrar e conservar pessoas ou bens que interessem ao processo criminal, sendo a busca o nome que se dá ao ato de procurar e descobrir aquilo que interessa ao processo, ao passo que a apreensão consiste em retirar a pessoa ou coisa do lugar que esteja para a sua conservação. Esta pode constituir: meio de prova, meio de obtenção da prova e meio de assegurar direito (REIS; GONÇALVES, 2018).

2.3 Da Inadmissibilidade da Prova Ilícita

Inicialmente cabe esclarecer o que é uma prova ilícita. A ilicitude da prova pode decorrer das mais variadas ações, como: a busca domiciliar sem mandado, quando não houver consentimento do morador ou situação de flagrância, violação de sigilo bancário, exercício de ameaças para obtenção de confissão, a colheita de

testemunho em juízo sem a presença de defensor e até mesmo a interceptação telefônica sem a ordem judicial (REIS; GONÇALVES, 2018).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Repetindo a Constituição, o Código de Processo Penal trouxe por meio do artigo 157, a seguinte imposição:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente

§ 4º (VETADO) (BRASIL, 1940).

Os referidos dispositivos legais atuam no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o responsável pela sua produção. Essas normas assecuratórias da inadmissibilidade das provas ilícitas, prestam-se a tutelar direitos e garantias individuais, assim como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. Ainda, no que concerne os direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à imagem, à privacidade e à inviolabilidade do domicílio (PACELLI, 2017).

CAPÍTULO III – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Com o desenvolvimento desenfreado dos fenômenos sociais, econômicos, culturais e científicos nos dias de hoje, há uma extrema necessidade de adequar o processo penal nesta “globalização”, a fim de mantê-lo como instrumento útil em seu sentido mais simplório, qual seja, em seu meio formal de investigação. Com isso, os ordenamentos processuais vêm buscando dar ao Estado instrumentos hábeis e capazes de apurar com maior eficácia os atos criminosos, uma vez que o crime permanece inerente ao homem, que, logicamente no decorrer dos anos, lança a mão das mais modernas tecnologias para o sucesso de seus objetivos, principalmente quando se trata de crime organizado (CABETTE, 2015).

E é neste interim que abranger-se-á este terceiro capítulo. Será procurado expor a importância do estudo das normas contidas na Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica), considerando a sua aplicação sob os olhos da constitucionalidade, a legitimar a atuação estatal ao mesmo tempo em que é viabilizada uma persecução penal otimizada em obter resultados para apuração dos crimes e punição dos autores.

3.1 Diferenças entre “Interceptação Telefônica”, “Escuta Telefônica” e “Gravação Clandestina”

Antes de ser adentrado no estudo da LIT (Lei de Interceptações Telefônicas), faz-se necessário distinguir as formas de violação à intimidade por meio da linha telefônica, quais sejam a Interceptação Telefônica; a Escuta Telefônica e a Gravação Clandestina, já que tais são institutos que não se

confundem, uma vez que possuem características personalíssimas que as distinguem entre si.

Inicialmente tal conceituação pode ser sintetizada por Eduardo Cambi, veja-se:

Três são as hipóteses que devem ser examinadas: i) quando a conversa entre duas pessoas é gravada sem o consentimento de ambas; ii) quando a conversa é gravada por uma das pessoas que participa do diálogo, mas sem o consentimento da outra; iii) quando a gravação se dá por um terceiro e as pessoas que participam da conversa não têm conhecimento de que estão sendo gravadas. Nesse último caso, está-se diante de uma interceptação telefônica. O que a caracteriza é a existência de um terceiro, estranho à conversa, que tem a intenção de captar a comunicação existente na passagem de um emitente para um destinatário (2006, p. 100).

Utilizada como meio de prova em muitos casos pelo Poder Judiciário a Interceptação Telefônica, estrito senso, pode ser definida como a captação telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, a fim de buscar alguma informação acerca de determinado fato. Atividade também conhecida como “grampeamento”, tendo em vista sua interferência em uma certa central telefônica, a fim de ouvir ou gravar conversações (AVOLIO, 2010).

Importante frisar que a interceptação telefônica é formada por três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversa sem o consentimento destes. Já a escuta telefônica, precisamente, é a captação telefônica também realizada por três pessoas, porém com a existência do conhecimento de um dos participes da conversa, um exemplo de escuta telefônica é quando se ocorre um sequestro e a família da vítima possui a cognição de que o juiz autorizou a escuta telefônica de sua casa, para fins de eventual contato com os sequestradores em busca de vantagens financeiras (MARTINS, 2008).

Por fim, a gravação clandestina, também chamada de gravação telefônica, é caracterizada por existir dois comunicadores, sendo que um deles grava a própria conversa, sem que o outro saiba, isto é, o próprio interlocutor pode gravar sua conversa, não podendo, entretanto, fazer sua divulgação sem justa causa, em que ocorrendo, levará a ilicitude. Contudo, o juízo reconhecendo a justa

causa, examinará a relevância do interesse público diante do direito à intimidade considerando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade (ZORZAN, 2014).

César Dario Mariano da Silva assim conceitua a gravação clandestina:

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores e sub-repticiamente feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais) (2001, p.49).

Em suma, enquanto a interceptação e a escuta telefônica são a captação da conversa telefônica formada por três protagonistas, o primeiro sem o consentimento de ambos os interlocutores e o segundo com o consentimento de um deles, a gravação clandestina, é a captação desta conversa por meio do telefone realizada pela própria pessoa sem o consentimento do outro.

Distinguir tais institutos nos dias hodiernos é de grande revelia, vez que infelizmente, verifica-se em muitos julgados proferidos nos tribunais vigentes, que é confundido os termos de escutas telefônicas clandestinas, regidas pelo artigo 5º, inciso X, da CF de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; com o de interceptações clandestinas, impostas no inciso XII, da mesma Lei (ZORZAN, 2014).

3.2 Considerações sobre a Lei n.º: 9.296 de 1996 (LIT)

Antes da ascensão da Constituição Federal de 1988 não existia um ordenamento que dispunha sobre às interceptações telefônicas, tão menos na Carta Magna de 1946, haja vista que naquela época eram pouquíssimas as famílias que possuíam um aparelho telefônico. A inviolabilidade das comunicações telefônicas passaram a ter referência expressa na Constituição de 1969 em seu artigo 153, §9º, onde dispunha ser inviolável o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (MARTINS, 2008).

Nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette:

A realidade é que a matéria sob comento é de tratamento incipiente em nosso ordenamento jurídico. Antes da atual constituição o tema

das interceptações telefônicas não contava com a devida importância nem se mencionava a exigência de um diploma específico e, especialmente, “descritivo” dos procedimentos necessários à sua realização legal.

A Constituição de 1946 era saliente quanto ao tema, entendendo-se, porém, que as comunicações telefônicas estariam abrangidas pela garantia da inviolabilidade de correspondência (art. 141, §6º).

A Constituição de 1969 tratava em seu artigo 153, §9º, da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Ocorre que sob a égide dessa norma constitucional, não havia previsão de qualquer exceção à inviolabilidade, nem mesmo mediante regulamentação legal específica ou ordem judicial (2015, p.15).

O Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei n.º: 4.117 de 1962, surgiu justamente no intuito de regulamentar acerca das interceptações telefônicas, nos termos de seu artigo 57, inciso II, que estabelecia não constituir violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste, isto é, fora asseverado a possibilidade do juiz autorizar a interceptação (ZORZAN, 2014).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fora imposto no artigo 5º, inciso XII a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988).

Iniciou-se daí uma discussão no sentido de verificar se o artigo 57, do Código de Telecomunicações teria sido recepcionado pelo novo ordenamento supremo, onde parte da doutrina e jurisprudência entendia que sim, uma vez já ser prática comum e em corrente distinta, entendia pela necessidade de que fosse editada uma lei específica, vez que afirmavam que a referida norma não havia sido recepcionada pela Nova Constituição Federal (MARTINS, 2008).

Somente em 1993 com o julgamento do HC 69.912/RS, que fora manifestado o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de tal questão,

em que opinaram pela não recepção pela CF de 88, da Lei n.º 4. 117 de 62, veja-se parte do voto:

[...] Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, nas hipóteses e na forma por elas estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial de habeas corpus pela soma de votos, no total de seis que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres de contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruitsofthepoisonoustree), nas quais se fundou a condenação do paciente (STF – HC: 69912 RS, Relator: SUPELVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 30/06/1993, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1993 PP-25532 Ement Vol. – 0172702 PP – 00321).

A posição do STF, embora majoritária no sentido da imprescindibilidade de lei regulamentadora e não receptividade do artigo 57, do Código Brasileiro de Telecomunicações, não era unânime, gerando indesejável insegurança jurídica.

Foi dessa forma que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Congresso Nacional, deveria editar um novo regulamento que efetivamente sistematizasse o artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Assim, fora editada a Lei 9.296 que regulamentou, especificadamente, o artigo supramencionado. Não obstante as falhas existentes nesta, foi ela bem vinda no escopo de pôr fim a uma devastosa situação de insegurança, a qual somente causava deprecia-se o direito e às instituições que o aplicam (CABETTE, 2015).

Como anteriormente exposto, a Constituição Federal dita no artigo 5º, inciso XII, ser inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de

investigação criminal ou instrução processual. Pela redação do texto Constitucional, percebe-se que a interceptação telefônica só pode ser realizada mediante autorização judicial, aplicada apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por meio de lei regulamentado (CABRAL, 2016).

Com a edição da Lei n.º: 9.296/96, a interceptação telefônica passou a ser regulamentada, prevendo expressamente a necessidade de ordem do juiz competente e por conseguinte, constituindo crime a operação sem a autorização judicial, nos termos do artigo 1º:

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 (BRASIL, 1996).

Frisa-se que esta autorização judicial mencionada no artigo supracitado não se trata apenas de pessoa investida no cargo de magistrado. Apenas um juiz criminal pode autorizar a interceptação telefônica. Não pode um juiz Cível determinar a interceptação de alguém, a não ser que esteja escalado no regime de plantão judiciário e naquele momento esteja cometido das funções de juiz criminal. A interceptação é admitida apenas na esfera criminal, não admitindo-se sua utilização para fins cíveis, comerciais e administrativos (MARTINS, 2008).

A redação do artigo 2º, da Lei n.º: 9.296/96, trata-se, de como muitos doutrinadores dizem, de uma redação negativa, isto é, tal enumera os casos que não será admitida a interceptação ao invés de indicar taxativamente os casos em que ela seria possível (CABETTE, 2015).

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 (BRASIL, 1996).

Contudo, se atentou a lei de vedar eventuais abusos no que concerne ao uso irregular ou exagerado desse instituto, em que sendo nada mais do que uma medida cautelar preparatória é imprescindível a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que depreende-se do fato de que deve existir indícios mínimos de autoria e indícios da existência de delito, punido ainda com pena de reclusão, com decisão autorizada da medida devidamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de ofensa a referida Lei a o artigo 93, IX, da Constituição (MARTINS, 2008).

A Legitimidade para o requerimento da medida é prevista no artigo 3º, caput, onde é clarividente a permissão legal de que o juiz possa determinar a diligência de ofício, independente de requerimento dos órgãos envolvidos na investigação criminal ou acusação penal, que não deve ser regra, já que no Brasil em face do sistema acusatório, que zela pela liberdade de defesa e igualdade de posição das partes, mister que o juiz não autorize a interceptação de ofício, mas sempre a pedido do Ministério Público e ou da Autoridade Policial (CABETTE, 2015).

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal (BRASIL, 1996).

Dispõe o artigo 4º, da Lei supramencionada: “O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados” (BRASIL, 1996). Tal, reforça o cuidado reclamado para a concessão das interceptações, adicionando ao lado daqueles previstos no artigo 2º, requisitos mínimos para a sua concessão, quais sejam a demonstração da necessidade da medida e a indicação dos meios a serem empregados em sua execução (CABETTE, 2015).

Como já mencionado, o juiz deve proceder um rigoroso exame dos pressupostos fáticos e jurídicos da interceptação, fundamento sua decisão de acordo com a lei, buscando sempre cumprir o determinado nas diretrizes da

constituição em seu artigo 93, uma vez que se assim não o fizer, a decisão será declarada nula, fixando o prazo ainda de 15 (quinze) dias, podendo ser renovada por mais 15 (quinze), o prazo para as interceptações telefônicas, conforme se vê no artigo 5º, da LIT: “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

A dicção legal do artigo 6º dispõe que somente a autoridade policial, qual seja o delegado, é que poderá conduzir as interceptações telefônicas, existindo casos excepcionais em que o Ministério Público também poderá conduzir tal medida, por meio de Procedimento Investigatório Criminal, como crimes que envolvem os próprios policiais militares, civis ou federais, ou crimes em que a polícia, se esta pertencer ao Poder Executivo, não possuía total liberdade de atuação (MARTINS, 2008).

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

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

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público (BRASIL, 1996).

O Artigo 7º prevê: “Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”, isto é, os serviços técnicos mencionado no referido artigo, nada mais é que é colaboração das empresas concessionárias para com a autoridade policial, para melhor otimização das diligências.

Visando evitar possíveis extravios, vulgo “vazamentos”, de conversas interceptadas dos investigados, o legislador optou por zelar do sigilo das comunicações, determinando que a interceptação ocorresse em autos apartados, os quais devem ser apensados ao inquérito policial ou a posterior ação penal. Assim prevê o artigo 8º, da Lei de Interceptações:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do

inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1996).

Na interpretação de Eduardo Luiz Santos Cabette (2015), em se tratando dos casos em que a gravação é inútil para a prova no inquérito policial ou até mesmo no processo penal, sendo porque não há conexão com o fato investigado ou porque as comunicações foram realizadas por terceiros, que não estão sendo investigados, a teor do artigo 9º, da LIT, o juiz poderá decretar a sua inutilização, visando tutelar o direito à intimidade, à vida privada e o sigilo das comunicações telefônicas: “A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

Por fim, o artigo 10, da Lei 9.296/1996, regula o crime de interceptação telefônica, antigamente regido pelo artigo 151, § 1º, parte final, do Código Penal, preenchendo uma lacuna legal que deixava a descoberto a proteção necessária à liberdade e sigilo das telecomunicações, punindo com reclusão de dois a quatro anos e multa, quem realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática, ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

3.3 Posicionamento do STF acerca da Interceptação Telefônica

Sabe-se que a interceptação telefônica é a exceção da garantia constitucional, o direito à intimidade, trata-se de um importante instrumento de investigação e busca da verdade. No que se refere a Interceptação, segundo o Supremo Tribunal Federal não ofende a garantia constitucional da intimidade a gravação realizada em cumprimento a ordem judicial, veja – se:

Possibilidade de gravação por inexistência de ferimento a intimidade ou vida privada. STF “não ofende a garantia constitucional da

intimidade (CRFB/88, art. 5º X) a gravação realizada por ocupante de imóvel residencial que instala, em sua própria vaga de garagem, equipamento de filmagem com o objetivo de identificar autor de danos criminosos provocados em seu automóvel. (STF- 2º T. – H.C 84203/RS – rel. Min. Celso de Mello – decisão: 19-10-2004, informativo STF nº. 366, p. 3).

Já no que diz respeito a gravação clandestina, o Supremo Tribunal Federal opina pela infelicidade da aludida prova, uma vez revelada a ausência de permissivo e de forma legal para tal, isto é, não há lei que regulamenta a garantia constitucional para a gravação. Verifique-se:

No caso, a imprestabilidade do texto da conversa telefônica resultaria de a gravação haver sido feita sem o conhecimento de uma das partes. A garantia violada com tal gravação seria justamente a da intimidade, em que envolta a conversação telefônica, cujo sigilo é estabelecido pelo artigo 5º, inciso XII, d CRFB/88. (...) No caso em tela revela-se, por um lado a ausência de permissivo e de forma legal, já que, repita-se ainda não veio a luz a lei regulamentadora da garantia constitucional, sem a qual, de outra parte, ainda que requerida – o que não aconteceu -, para a gravação, seja para a degravação da conversa telefônica em excesso. Tais as circunstâncias, não há senão reputar-se por írrita a aludida prova. Não havendo como ser aqui considerada, em face da norma do art. 5º inciso LVI, da CRFB/88, segundo a qual são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (Pleno – Ação Penal nº. 307-3/DF relator Ministro Ilmar Galvão – Serviço de Jurisprudência – Ementário STF nº 1.804-11).

Cabe destacar, neste interim, que em 25 de abril de 2018, por maioria de votos, sendo-os 6 (seis) a 5 (cinco), o Plenário do STF julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º: 4263, declarando a validade constitucional da Resolução 36/2009, oriunda do Conselho Nacional do Ministério Público, que aborda sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas pelos membros do Ministério Público, conforme a LIT, Lei n.º: 9.296/1996. Segundo o entendimento do referido tribunal a resolução se baseia na lei e, desta forma, o CNMP não exorbitou do poder regulamentador que a Constituição Federal lhe atribuiu. De acordo com o voto dos relatores, tal resolução apenas disciplinou a conduta do Ministério Público no que diz respeito a interceptação telefônica, sem contudo criar normas materiais ou processuais penais, uma vez que prevê apenas eventuais sanções administrativas para o membro do Ministério Público que venha a descumpri-la:

O Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta ajuizada em face da Resolução 36/2009 do Conselho

Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre o pedido e a utilização de interceptações telefônicas, no âmbito do Ministério Público (MP), nos termos da Lei 9.296/1996.

[...]No mérito, ao reconhecer sua constitucionalidade, o Colegiado asseverou que a norma foi editada pelo CNMP no exercício das atribuições previstas diretamente no art. 130-A, § 2º, I e II, da Constituição Federal (CF) (1).

[...] Ademais, ressaltou que o ato questionado está em consonância com a jurisprudência do STF no sentido de que (a) o pedido de prorrogação de interceptação telefônica, para ser válido, deve estar devidamente justificado e fundamentado; e (b) é necessário transcrever o trecho completo da conversa, a fim de permitir sua contextualização, vedada a edição, ainda que dispensada a transcrição completa da interceptação. Por fim, entendeu que a independência funcional do MP foi preservada. A resolução não impõe uma linha de atuação ministerial, apenas promove a padronização formal mínima dos ritos adotados nos procedimentos relacionados a interceptações telefônicas, em consonância com as regras previstas na Lei 9.296/1996. (ADI 4263/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 25.4.2018 (ADI-4263)).

Os votos do referido entendimento foram dos relatores ministro Luís Roberto Barroso, seguido pelos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Melo e Cármen Lúcia, vencidos o Ministro Marco Aurélio, que julgou procedente o pedido, e, em parte, os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes (NOTÍCIAS STF, 2016).

3.4 As Interceptações Telefônicas na Operação Monte Carlo

Em 2008 e 2009 as operações Vegas e Monte Carlo foram deflagradas pela Polícia Federal, possuindo como principal investigado Carlos Augusto Ramos, chamado por Carlinhos Cachoeira e como objeto, a exploração ilegal de jogos. De acordo com o artigo 3º, da LIT, autorizadas pelo juízo de primeira instância as interceptações telefônicas, revelaram as relações do referido com diversos políticos, incluindo Demóstenes Torres (POZZEBOM, 2012).

Com o mandato cassado, no mesmo ano, Demóstenes Torres teve seu processo remetido à justiça goiana. Em decorrência deste ser membro do Ministério Público do Estado de Goiás, o TJ/GO, foro competente para julgar o caso, recebeu a denúncia, na qual se imputa ao ex-senador a prática dos crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa, artigos 317 e 321, do Código Penal e este passou a responder à ação penal (NOTÍCIAS STF, 2016).

A defesa alegou, desde o início das investigações, a nulidade das interceptações telefônicas, afirmando haver a usurpação da competência do Supremo. Utilizaram-se do argumento de que as interceptações telefônicas foram feitas sem a autorização do STF, foro competente para processar e julgar o então parlamentar. Isto é, em suma, alegaram que as mesmas foram absolutamente nulas por ofensa ao princípio constitucional do juiz natural (MIGALHAS, 2012).

O Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º: 135.683, foi interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que julgou válidas as provas obtidas por meio da interceptação. Os procuradores do acusado sustentaram que Demóstenes Torres fora alvo de uma estruturada e estratégica sequência investigativa ilegalmente promovida pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e juízo federal de primeiro grau, com autorização e supervisão do procurador-geral da República da época; Aludiram que a investigação dirigiu-se a ele a partir de uma descoberta fortuita, entretanto, em seguida, tramitou por meses, objetivando juntar provas que vieram a compor a denúncia (NOTÍCIAS STF, 2016).

A controvérsia resumia-se em quem seria o juízo competente para determinar a realização das interceptações telefônicas, já que, como mencionado, estas só podem ser autorizadas por magistrado competente (Artigo 1º, da Lei 9.296/96). A defesa apoiou-se na ideia de que a época que as interceptações telefônicas foram efetivadas, o até em tal acusado, Demóstenes Torres, detinha de foro especial por prerrogativa de função, logo a interceptação telefônica deveria ter sido autorizada pelo STF e não pela justiça comum, como fora feito (COELHO, 2012).

Por não ter ocorrido a remessa do Processo para o Supremo Tribunal Federal, os elementos de prova angariados em desfavor do recorrente nas operações policial, quais sejam as interceptações telefônicas, foram contaminadas de nulidade em decorrência da não observância do juiz natural como determina o artigo 5º, LIII, Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Dias Toffoli, relator do recurso, leu diversos trechos das gravações das ligações interceptadas para demonstrar que, desde o início das investigações no ano de 2008, já haviam indícios do possível envolvimento de políticos de expressão nacional e que o *Parquet* tinha ciência de tais fatos (NOTÍCIAS STF, 2016).

O relator do caso em seu voto asseverou que, embora o acusado não tenha sido alvo direto das investigações realizadas nas aludidas operações, o surgimento de indícios de seu envolvimento já no ano de 2008 deveria ter se tornado impositiva a remessa do caso para o Supremo Tribunal Federal. Portanto, o entendimento do Tribunal de Justiça do estado de Goiás não se harmonizou com a jurisprudência da Corte Suprema, segundo a qual:

[...] surgindo indícios de detentor de prerrogativa de foro estar envolvido em fato criminoso, cumpre à autoridade judicial remeter o inquérito ao Supremo [...], sob pena de haver o arquivamento ante a ilicitude dos elementos colhidos (Inq n.º: 3.305/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 2/10/2014).

Assim, em decorrência da não observância do foro privilegiado por prerrogativa de função, fora reconhecido a plausibilidade jurídica da tese de nulidade das provas originadas das mencionadas interceptações telefônicas, sob o fundamento de usurpação da competência penal do Supremo Tribunal Federal, tal como impõe a Constituição Federal (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

Dessa forma, por decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente, no dia 25 de outubro de 2016, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus já supramencionado, impetrado pela defesa do ex-senador Demóstenes Torres, e invalidou as interceptações telefônicas, realizadas no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo, que serviram de base à denúncia contra ele (NOTÍCIAS STF, 2016).

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, possuiu como principal objetivo abordar, por meio de uma pesquisa cautelosa em leis, doutrinas e jurisprudências, acerca do Instrumento da Interceptação Telefônica como meio de obtenção de prova, iniciando o estudo da interceptação pelas garantias constitucionais, adentrando dentro das provas no processo penal, em um aspecto geral e finalizando com o estudo da Lei 9.296/96.

Com o advento das evoluções tecnológicas, tornou-se cada vez mais pertinente o questionamento acerca da intimidade perante as mídias sociais e demais comunicações telefônicas. Por conta disso, frequentemente nos deparamos com a insegurança por parte da população em comunicar-se por meio telefônico ou informático.

No instante em que a tecnologia das comunicações avança, cresce também a utilização desses diálogos como meio de prova em processos no Judiciário Brasileiro. Concomitantemente surgem inúmeros casos em que as interceptações são negadas pela Justiça Brasileira por terem sido captadas de forma ilícita.

Um caso ilustrativo de grande repercussão e de difícil compreensão por parte da população é o da “Operação Monte Carlo” que envolveu o ex. Senador Demóstenes Torres. Nesta situação, Demóstenes foi absolvido pelo Tribunal de Justiça de Goiás vez que o Supremo Tribunal Federal anulou as interceptações telefônicas utilizadas como prova do suposto crime.

Utilizada como meio de prova em muitos casos pelo Poder Judiciário a Interceptação Telefônica, estrito senso, pode ser definida como a captação telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, a fim de buscar alguma informação acerca de determinado fato. Atividade também conhecida como “grampeamento”, tendo em vista sua interferência em uma certa central telefônica, a fim de ouvir ou gravar conversações.

Antes da ascensão da Constituição Federal de 1988 não existia um ordenamento que dispunha sobre às interceptações telefônicas, tão menos na Carta Magna de 1946, haja vista que naquela época eram pouquíssimas as famílias que possuíam um aparelho telefônico. A inviolabilidade das comunicações telefônicas passaram a ter referência expressa na Constituição de 1969 em seu artigo 153, §9º, onde dispunha ser inviolável o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei n.º: 4.117 de 1962, surgiu justamente no intuito de regulamentar acerca das interceptações telefônicas, nos termos de seu artigo 57, inciso II, que estabelecia não constituir violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste, isto é, fora asseverado a possibilidade do juiz autorizar a interceptação.

Posteriormente, após as devastadas discussões no supremo, fora editada a Lei 9.296 de 1996 que regulamentou, especificadamente, o artigo supramencionado, no intuito de pôr fim a uma devastosa situação de insegurança, a qual causava a depreciação do direito e das instituições que o aplicavam.

Com a edição da Lei n.º: 9.296/96, a interceptação telefônica passou a ser regulamentada, prevendo expressamente a necessidade de ordem do juiz competente e por conseguinte, constituindo crime a operação sem a autorização judicial.

Assim, a interceptação telefônica é a exceção da garantia constitucional (o direito à intimidade), trata-se de um importante instrumento de investigação e

busca da verdade. No que se refere a Interceptação, segundo o Supremo Tribunal Federal, esta, não ofende a garantia constitucional da intimidade se realizada em cumprimento a ordem judicial.

Já no que diz respeito a gravação clandestina, o Supremo Tribunal Federal opina pela infelicidade da aludida prova, uma vez revelada a ausência de permissivo e de forma legal para tal, isto é, não há lei que regulamenta a garantia constitucional para a gravação.

Por fim, no que se refere a Operação Monte Carlo, fonte inspiradora para a realização deste trabalho monográfico, ante a grande discussão da possível nulidade ou não das interceptações telefônicas realizadas em seu processo investigativo, em decorrência da não observância do foro privilegiado por prerrogativa de função, fora reconhecido a plausibilidade jurídica da tese de nulidade das provas originadas das mencionadas interceptações telefônicas, sob o fundamento de usurpação da competência penal do Supremo Tribunal Federal, tal como impõe a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 25.11.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 25.11.2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º: 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º: 2.848, de 7 de dezembro 1940**. Brasília. Presidência da República do Brasil, 1940. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º: 9.296, de 24 de julho de 1996**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm> Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 4.117 de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em 25 nov.2018.

BUENO, Leônia. **Processo Penal II – Da Prova**. Disponível em: <<https://slideplayer.com.br/slide/8678230/>> Acesso em: 26 ago. 2019.

CABETTE, Eduardo Luis Santos. **Interceptação Telefônica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. **Interceptação Telefônica**: Análise da Lei nº.: 9.296/96 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46430/interceptacao-telefonica-analise-da-lei-no-9-296-96-segundo-o-entendimento-dos-tribunais-superiores>> Acesso em: 20 out. 2019.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2019.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COELHO, Mario. **Justiça valida grampos da Operação Monte Carlo**. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/justica-valida-grampos-da-operacao-monte-carlo/>> Acesso em: 20 out. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Supremo considera ilegais grampos da PF contra ex-senador Demóstenes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-25/stf-considera-ilegais-grampos-pf-ex-senador-demostenes>> Acesso em: 20 out. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9.296/96. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros 1994.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Robson. **Interceptações Telefônicas à Luz da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075474.pdf>> Acesso em: 20 out. 2019.

MICHAELIS, Dicionário. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/prova/>> Acesso em: 13 ago. 2019.

MIGALHAS. **Operação Monte Carlo**: escutas telefônicas podem ser anuladas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI157404,91041-Operacao+Monte+Carlo+escutas+telefonicas+podem+ser+anuladas>> Acesso em: 20 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

POZZEBOM, Elina Rodrigues. **Escutas telefônicas da operação Monte Carlo podem ser consideradas ilegais**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/06/12/escutas-telefonicas-da-operacao-monte-carlo-podem-ser-consideradas-ilegais>> Acesso em: 20 out. 2019.

PRADO, Rodolfo Macedo do. **O regime jurídico das interceptações telefônicas**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121856/TCC.pdf?sequence=1>>. Acesso em 28 nov.2018.

RAMOS, Cristina de Mello. **O direito fundamental à intimidade e à vida privada**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-fundamental-%C3%A0-intimidade-e-%C3%A0-vida-privada>>. Acesso em: 28 nov.2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo Reis; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: Teoria da Proporcionalidade**. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 27066.38/MA**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Publicado no DJ de 27/07/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21026335/habeas-corpus-hc-191378-df-2010-0216887-1-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 out.18.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 3982/RJ**. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Publicado no DJ de 05/03/1996. p. 4084. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>>. Acesso em: 28 nov.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 84203/RS**. Relator: MIN. Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800121/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-84203-rs-stf>> Acesso em: 20 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inquérito 3305/RS**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25286561/inquerito-inq-3305-rs-stf/inteiro-teor-143454395>> Acesso em: 20 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 307-3/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746845/acao-penal-ap-307-df>> Acesso em: 20 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4263/DF**. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo899.htm>> Acesso em: 20 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 72588/PB**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Publicado no DJ de 04/08/2000. p. 3. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2881681/habeas-corpus-hc-72588-pb>>. Acesso em: 28 nov.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>> Acesso em: 20 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082>> Acesso em: 20 out. 2019.

ZORZAN, Gilcinéia. **Da Interceptação Telefônica**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31577/da-interceptacao-telefonica>> Acesso em: 20 out. 2019.