

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NA ESFERA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Nicole Ferreira MUNHOZ¹
Caroline BANDINI²

RESUMO: O objetivo deste artigo é explicar o tema Interceptação Telefônica como um meio de prova previsto na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e em Lei Especial (Lei 9.296/96). Conjuntamente, foi dissertado sobre o Princípio da Proporcionalidade e a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados sobre a ótica da Interceptação, mencionando o ponto mais polêmico desta no Processo Penal. Este artigo utiliza de metodologia dedutiva, pois faz-se uma releitura dos institutos relacionados à Interceptação Telefônica utilizada como meio de prova.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Processo. Prova. Ilicitude. Lei 9.296/96.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.296/96 está em vigor no Brasil há mais de 20 anos possuindo como previsão um meio de prova conhecido como interceptação telefônica. Esta lei somente foi criada para disciplinar as dúvidas recorrentes sobre o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

A norma constitucional disciplina a proibição de provas ilícitas dentro do processo, por isso, não se pode descartar a imperatividade desta. Porém, como muitos doutrinadores pregam, a Constituição não pode ser sempre interpretada de forma rigorosa ou absoluta, em muitos casos, é necessário se relativizar a norma para não ocorrer uma condenação injusta.

Isto representa muitos casos dentro do Processo Penal, ou seja, a jurisprudência deverá ponderar a utilização da interceptação telefônica em cada caso concreto, por meio da proporcionalidade, para que não ocorra uma injustiça dentro do processo, já que este abarca um bem muito valioso para o ser humano que é a vida.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: nicolemunhoz@toledoprudente.edu.br

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: carolinebandini@toledoprudente.edu.br

2 INTERPRETAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica se conceitua como uma captação da comunicação entre duas pessoas que é feita por um terceiro sem o consentimento de nenhum dos dois indivíduos. Adverte Gomes e Cervini que:

“A palavra “interceptação” não deve ser tomada em seu sentido lato ou corriqueiro como ato de interromper, obstaculizar, deter ou cortar, mas sim no sentido de “captar” a comunicação telefônica, “tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.”

Já Avolio entende o seguinte:

“O que se mostra essencial para a noção de interceptação é o fato de a operação telefônica ter sido efetuada por uma pessoa estranha à conversa, e que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas.”

Além disso no Processo Penal, a interceptação telefônica seria uma medida cautelar preparatória, nos trâmites da fase policial, ou seja, quando for realizada antes da propositura da ação penal; ou uma medida cautelar incidental se esta for utilizada no juízo, nos trâmites do processo, ou seja, durante a instrução processual penal.

Se tratando de medida cautelar é interessante listarmos alguns requisitos para sua utilização. Isto posto, ela só será decretada pelo juiz competente licitamente, se tornar-se o meio mais apropriado, se for um artifício crucial para o processo, e essencialmente se ela tiver serventia.

Esse tipo de medida cautelar no decorrer da investigação preliminar depende de requisição do delegado pelo Ministério Público pensando sempre em respeitar suas premissas.

Ao fim, entende-se que a finalidade da interceptação telefônica é a aquisição de provas, em que pode se concretizar por meio de um documento resumindo-se a um detalhamento, uma transcrição em um ato circunstanciado ou por um depoimento que seria uma prova testemunhal.

2.1 Histórico Legislativo

A perspectiva de interceptação telefônica foi introduzida no nosso ordenamento jurídico quando houve a edição da Constituição Federal de 1988. Até este momento, a única proteção que se tinha a esse assunto era no tocante ao sigilo de comunicações. Esta proteção passou a se consolidar com a edição da Constituição de 1891, no seu artigo 72, parágrafo XVIII. Neste instante, havia simplesmente a proteção quanto ao sigilo de correspondência que era incontestável, sem alguma exceção.

Mais tarde, com a publicação da CF de 1937 foi previsto uma viabilidade para exceção da quebra do sigilo telefônico previsto em seu artigo 122, parágrafo VI.

Quando houve a promulgação da CF do ano de 1967 esta previu a inviolabilidade de ligações telefônicas, mas não dispunha de nenhuma exceção.

O debate que surgiu envolvendo a jurisprudência e a doutrina foi de que o Direito não seria absoluto, que deviam haver exceções que se adequassem a realidade social para se promover o justo da maneira mais eficiente.

Então, quando houve a publicação do texto constitucional de 1988 este previa não só uma proteção aos dados telefônicos como também uma alternativa de poder interceptar os mesmos, havendo assim a quebra do sigilo; contanto que, essa quebra de dados seguisse os ditames e disposições da mesma.

2.2 Interceptação Telefônica x Gravação Clandestina

Há uma pequena diferença que se torna essencial ao entendimento e diferenciação das duas modalidades, como vimos anteriormente na interceptação

telefônica há a presença de um terceiro captando a conversa sem que os dois interlocutores tenham conhecimento.

Já na gravação clandestina a distinção é que neste caso a comunicação se dá entre os que estão se comunicando telefonicamente ou telegraficamente, sem ninguém interferir na comunicabilidade, porém esta é feita, sem a consciência dos demais, por um dos interlocutores que está na conversa.

Em relação a sua legalidade obtida por este meio de fonte probatória não há ilicitude no que tange á gravação clandestina, pois entende-se que não existe nenhuma violação aos direitos de intimidade e privacidade visto que a conversa está sendo gravada por quem está participando dela, mas há uma ressalva; a doutrina delimita as seguintes hipóteses: em que ela servir para comprovar inocência de um individuo ou quando o motivador da gravação estiver sendo vítima de um crime.

Contudo, fora dessas hipóteses há uma divergência na doutrina no que se refere a violação do direito de intimidade, visto que o individuo que está gravando pode incitar o seu interlocutor provocando e lhe induzindo a revelar ilícitos penais.

3 O PROBLEMA DAS PROVAS ILÍCITAS

No âmbito do processo penal, as provas são produzidas e apreciadas de forma rígida com a finalidade de gerar maior confiabilidade ao processo, isto por quê dentro deste está sendo colocado em risco um dos bens mais valiosos a vida do ser humano que é o direito à liberdade, mais precisamente a liberdade de ir e vir.

O direito à liberdade é um dos bens previstos em nossa Carta Magna, ou seja, nosso conjunto de normas e direitos que é a Constituição Federal. Aquele se faz presente no caput do artigo 5º desta, o qual é considerado um direito fundamental, individual e coletivo.

“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.”

O artigo 5º, citado anteriormente, prevê outro direito muito importante para as partes, precisamente a parte ré, que é o direito ao contraditório e a ampla defesa, os quais são reflexo do princípio do Devido Processo Legal. Por este direito, as partes possuem a prerrogativa de produzir provas por quaisquer meios considerados lícitos a fim de provar sua inocência e assegurar sua liberdade, devendo o juiz apreciá-las com a finalidade de gerar uma decisão justa e coesa, como prevê o artigo 155 do Código de Processo Penal.

“Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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.”

Como dito anteriormente, as provas, em sua grande maioria, são produzidas por meios lícitos, entretanto, em alguns casos essas provas obtidas lícitamente não são eficazes para demonstrar a inocência do acusado, acabando sendo necessário a utilização de meios ilícitos para garantir sua liberdade. Porém, esse tipo de prova obtida fora da licitude fere os direitos e princípios previstos e assegurados pela Constituição.

“Art.5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Em um primeiro momento da história, exatamente após a elaboração da Constituição Federal de 1988, a questão das provas ilícitas (provas obtidas violando normas garantistas) era tratada como algo inadmissível de forma absoluta dentro do processo. Por isso, surgiu a tarefa para a jurisprudência e a doutrina, relativizar os direitos fundamentais de forma que se possibilitasse a utilização de algumas provas ilícitas desde que estas não ferissem os direitos, princípios e a sociedade.

Existe dois assuntos que são interessantes quanto as provas ilícitas, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados e o Princípio da Proporcionalidade.

3.1 Teoria Da Árvore Dos Frutos Envenenados

A Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, também chamada de provas ilícitas por derivação, foi criada pela Corte Americana que estabeleceu o entendimento de que se a planta está contaminada, conseqüentemente, os seus frutos também estarão. Ou seja, se uma pessoa obteve uma prova por meios ilícitos todas as outras provas que derivarem desta, mesmo que estas sejam produzidas por meios lícitos, estarão contaminadas.

Destarte, estas provas originadas de uma prova ilícita devem ser rejeitadas durante o processo de persecução penal, porque, como o próprio nome diz, as provas ilícitas por derivação, em algum momento, irão se encontrar afetadas pelo vício da ilicitude exordial.

No caso da interceptação telefônica, com a entrada em vigor da Lei nº 9.296/1996 há o entendimento pelo afastamento da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados caso se comprove que as provas obtidas por meio ilícito não chegaram a contaminar as outras provas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal mostrou sua opinião quanto ao assunto no HC 89032/SP em 2007:

“EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. Inocorrência da aplicação da teoria dos “frutos da árvore envenenada”. Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. Impossibilidade de aplicação do art. 580 do CPP à espécie. Inocorrência de ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. Habeas corpus indeferido. Liminar cassada.

1.A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença.

2.Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado.

3.É impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o corréu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação.

4.No que se refere aos fundamentos adotados na dosimetria da pena, não se vislumbra ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. A motivação dada pelo Juízo sentenciante, além de satisfatória, demonstrou proporcionalidade entre a conduta ilícita e a pena aplicada em concreto, dentre os limites estabelecidos pela legislação de regência.

5.Habeas corpus denegado e liminar cassada.”

Por fim, o Código de Processo Penal também disciplina sobre esta teoria categoricamente em seu artigo 157, mais explicitamente em seu parágrafo primeiro:

“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 declara inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

3.2 Princípio Da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade possui como premissa a ideia de que nenhum princípio ou direito é absoluto, devido que em alguns casos é necessário se fazer uma análise reflexiva sobre a inutilização de uma prova ilícita, já que dependendo do caso não haveria problemas em sua aplicação.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade fundamenta-se em “colocar na balança” interesses, direitos ou princípios que estão em conflito dentro do processo, possuindo como ponto de partida a prevalência do princípio que possui maior relevância social frente ao de menor valor. Por isso, excepcionalmente em determinados momentos, é possível afastar a proibição de provas ilícitas a fim de proteger um bem maior que é um direito fundamental com maior valor social.

“A aceitação do princípio da proporcionalidade ‘pro reo’ não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.” (CAPEZ, Fernando, p. 369, 2012)

Como dispõe Fernando Capez, o princípio que regula o impedimento do uso de provas ilícitas não pode ser sempre utilizado nos processos, porque é possível que o réu não seja culpado pelo ato criminoso e somente se conseguirá provar este fato por meio de uma prova que foi produzida por meios não lícitos, a recriminação desta prova poderia gerar uma condenação injusta.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/96

Com a existência de dúvidas quanto ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, criou-se a Lei 9.296 em 1996, a qual dispõe sobre as dúvidas acerca da interceptação telefônica.

“Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para provar 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.”

Pela Lei 9.296, a interceptação telefônica só pode ser utilizada em situações excepcionais devendo, inclusive, preencher alguns requisitos que a própria dispõe. O primeiro requisito é se a interceptação telefônica for utilizada para investigação criminal ou para instrução processual penal, como prevê o artigo 1º.

O segundo requisito se refere a necessidade de uma ordem judicial decretada pelo juiz competente da ação principal, isto previsto também no primeiro artigo, possuindo como sanção para quem desrespeitar essa regra pena de reclusão de dois a quatro anos podendo ser cumulada com multa (art. 10).

“Art. 10º. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

Outro ponto importante a ser levado em conta é que o período para realização da interceptação é de 15 dias, contados do dia que o juiz autorizou, não podendo exceder esse prazo, no entanto, é possível haver uma renovação do prazo se a interceptação for considerada indispensável para a resolução do processo (art. 5º).

“Art. 5º. 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.”

Os últimos três requisitos estão presentes no artigo 2º da Lei.

“Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

O primeiro deles se refere a necessidade de haver indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal, pois se não as pessoas que estão sendo interceptadas não denotarem qualquer indício não há como trazê-las ao processo e puni-las. No tocante a este assunto, as gravações que não forem importantes ou interessantes como provas serão inutilizadas por decisão judicial.

“Art. 9º. 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.”

O segundo se refere a possibilidade de produção da prova por outros meios que não seja a interceptação telefônica, porque se houver outro meio não há a necessidade de ferir o direito a intimidade. Para tanto, é necessário demonstrar nos autos a necessidade da utilização deste meio de prova.

“Art. 4º. O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.”

O último deles é a necessidade de o fato que está sendo julgado constituir uma infração cuja pena seja de detenção.

5 DEBATES SOBRE A PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO PENAL

Existe uma polêmica no que tange à possibilidade de novas renovações de prazo sucessivas, a Sexta turma do STJ em 2008 compreenderam que seria regra uma única prorrogação, mas havia uma hipótese de que se houvesse uma forte fundamentação e grande razoabilidade, esta poderia ser excepcionalmente prorrogada mais de uma vez. Desde essa época a jurisprudência ainda debate qual seria a profundidade da fundamentação para a nova prorrogação.

Até os anos passados não era raro a prorrogação pelos magistrados de até 30 dias ininterruptos, ou a renovação por mais outros 15 dias sem uma nova análise judicial.

Em relação ao assunto, Nucci entende que:

“Embora o art. 5º da Lei nº 9.296/96 estabeleça o prazo máximo de quinze dias (prorrogável por outros quinze, se for indispensável) para a interceptação telefônica, com autorização judicial, realizar-se, não tem o menor sentido esse limite. Constituindo meio de prova lícito, pois autorizado por magistrado, no âmbito de investigação criminal ou processo-crime, é mais do que lógico que não pode haver limitação em dias, sob pena de frustrar a busca da verdade real, além de se frear a atividade persecutória lícita por uma mera questão temporal”

Diante dessa discussão a 6ª Turma do STJ no ano de 2014 por meio de um Habeas Corpus decidiu que não é prevista em lei, a escuta ininterrupta por 30 dias seguidos, e a por 15 dias renovados também não, com a justificativa de que o prazo fixado em lei não pode ser prorrogado, nem ampliado visto que há uma violação a intimidade que não estava amparada na lei. Nesses casos, por mais que sejam favoráveis e compreendidas as alegações para a renovação do prazo, deve-se seguir o texto legislativo.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vemos que a interceptação telefônica se torna um importante meio de prova no âmbito do Processo Penal, pois embora a Constituição vede essa violação da intimidade, o Código de Processo Penal faz uma abertura ao artigo constitucional no tocante à não excessividade e arbitrariedade do uso desse método de prova, não devendo assim ferir mais direitos do indivíduo.

Elencamos que com a vinda da Lei 9296/96 abalaram a ideia de algumas teorias que dissertavam sobre este assunto, como a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados que perdeu sua força no tocante a contaminação das provas. Já o Princípio da Proporcionalidade como demonstrado, ganhou força no que tange a utilização desse tipo de prova quando, segunda esta, a balança do Direito pesar para um lado com mais valor social.

Portanto, ao fim, concluímos que a Lei de Interceptações Telefônicas foi um grande marco no que tange ao tipo de meio de prova no Processo Penal. Observa se que, ainda é causadora de grandes debates na jurisprudência e doutrina visto a delicadeza do assunto que ela se trata em conflito com um Direito Fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEDERAL, S.T. **Jusbrasil**. Fonte: Jusbrasil. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726991/habeas-corpus-hc-89032-sp>> Acesso em: 21 de agosto de 2019.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul, **Interceptação Telefônica**. São Paulo: RT, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à Lei Nº 9.296, de 24-07-96**. 1º. Ed. São Paulo: Editora de Direito LTDA., 1996.

STF, Tribunal Pleno, **HC 75.388/RJ**, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 25.09.1998.