

THAIS DOS SANTOS FREITAS

**ASPECTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E SUA  
UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL NO BRASIL**

TEÓFILO OTONI / MG  
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
2016

THAIS DOS SANTOS FREITAS

**ASPECTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E SUA  
UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das  
Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Área de Concentração: Direito Processual Penal.  
Orientador: Prof. Gylliard Matos Fantecelle.

TEÓFILO OTONI / MG  
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
2016



**FOLHA DE APROVAÇÃO**

A monografia intitulada: ASPECTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E SUA UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL NO BRASIL

elaborada pela aluna: THAIS DOS SANTOS FREITAS

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Teófilo Otoni, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

---

Prof. Orientador

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

## RESUMO

A interceptação telefônica apresenta discussões no âmbito doutrinário, bem como nos tribunais, a respeito da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações de dados, sendo aceitável apenas a possibilidade de violação da comunicação telefônica. Os debates e discussões travados na comunidade jurídica sobre a possibilidade de a interceptação telefônica ser validamente utilizada como meio de prova no processo penal brasileiro são intensas. Esta monografia objetivou investigar quais parâmetros legais devem ser observados para que a interceptação telefônica seja aceita como meio de prova no processo penal brasileiro. Especificamente, buscou investigar as diferenças entre a prova ilícita, a ilegítima e a proibida; delimitar o conceito de interceptação telefônica, esclarecendo o que são a interceptação telefônica *stricto sensu*, a escuta telefônica e a gravação clandestina; examinar os principais aspectos do regime legal das interceptações telefônicas – a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 –, destacando a sua abrangência, os requisitos para o seu deferimento, a natureza jurídica e a competência para apreciação da medida; averiguar qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da (in)admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no processo penal brasileiro. A metodologia adotada foi a descritiva. Concluiu-se que o direito à prova assegura às partes a possibilidade de utilização, em regra, de qualquer meio de prova, inclusive a interceptação telefônica. Contudo, torna-se necessário respeitar o disposto na Lei nº 9.296/96, para que não incorra em violação às normas legais ou constitucionais, sob pena de ser avaliada a prova como ilícita. Excepcionalmente, a prova ilícita poderá ser admitida no processo, caso seja para beneficiar o réu, com vistas ao Princípio da Proporcionalidade, sem deixar de analisar os bens jurídicos e o direito à liberdade, por ser o de maior valor, será garantido em detrimento do direito à intimidade.

**Palavras-Chave:** Interceptação telefônica; Provas ilícitas; Lei nº 9.296/96

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>1 ASPECTOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b> .....	8
1.1 BASE LEGAL E A LEI Nº 9.296/1996 .....	9
1.2 REQUISITOS LEGAIS PARA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO PENAL .....	10
1.3 PROCEDIMENTO LEGAL PARA INTERCEPTAÇÃO .....	12
1.4 ESPÉCIES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	14
1.4.1 Interceptação telefônica ou interceptação em sentido estrito .....	15
1.4.2 Escuta telefônica.....	16
1.4.3 Gravação telefônica clandestina ou sub-reptícia .....	16
<b>2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL</b> .....	18
2.1 CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E O ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.296/96 .....	19
2.2 CONSEQUÊNCIA DO USO DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL .....	19
2.3 DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA (ARTIGO 157 DO CPP) .....	20
<b>3 UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO ILEGAL</b> .....	22
3.1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL COMO MEIO DE PROVA .....	23
3.2 USO EXCEPCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL EM FAVOR DO RÉU .....	23
3.3 PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A INTERCEPTAÇÃO ILEGAL EM DESFAVOR DO RÉU.....	25
3.4 TEORIA DA CONTAMINAÇÃO PARCIAL (ARTIGOS 566 E 573, § 1º, CPP) ....	26
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	31

## INTRODUÇÃO

Desde os tempos remotos, o ser humano, como ser social, já fazia uso dos mais variados instrumentos de comunicação para desenvolver e manter as suas relações com outras pessoas.

Na sociedade atual, o progresso tecnológico é um evento praticamente diário, sobretudo, no que concerne ao setor de telefonia celular, que, segundo estatísticas de abril de 2015 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), atingiu, em 2014, um total de 325,7 milhões de aparelhos somente no Brasil (ANATEL, 2015).

Diante desses dados e da intensidade com que ocorre a troca de informações entre usuários todos os dias, os órgãos responsáveis pelas apurações da prática de delitos, no Brasil, perceberam a necessidade e importância de acompanhar a inovação tecnológica em curso e buscar meios de investigação eficientes, dentre os quais se destaca a interceptação telefônica.

Entretanto, o Estado, ao optar pelo uso deste meio de prova, viola os direitos fundamentais do ser humano, como o direito ao sigilo de correspondência e de comunicação e a inviolabilidade do sigilo dos meios de comunicação, esculpidos no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Ocorre, porém, que esse mesmo dispositivo (artigo 5º, inciso XII, da CF/88) não versa sobre uma inviolabilidade absoluta, pois descreve que os órgãos de investigação podem utilizar esse meio probatório, desde que “[...] por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei determinar para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988), conforme dispõe a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que trata das interceptações telefônicas.

Esse assunto tem provocado diversos debates e discussões no âmbito jurídico, quanto à possibilidade de a aludida interceptação telefônica ser validamente utilizada como meio de prova no Processo Penal Brasileiro.

A problemática gira em torno de investigar a situação em que a interceptação telefônica obtida sem ordem judicial pode ser aproveitada no processo penal como

prova válida, uma vez que esse meio de prova acarreta um conflito entre garantias individuais asseguradas constitucionalmente. De um lado, há a violação ao direito ao sigilo de correspondência e de comunicação; e, de outro, revela-se como meio de combater algumas práticas delituosas que comprometem os interesses da sociedade e ofendem o próprio direito à vida. Nesse caso, inflige ao Estado o dever de atuar e é justamente neste ponto que reside o objeto de estudo desta pesquisa monográfica.

Tomando por base, então, o cenário apresentado, este trabalho monográfico, à luz dos direitos constitucionais, processuais penais e da própria Lei nº 9.296/96, reuniu, por meio de uma metodologia descritiva, elementos textuais relacionados ao tema proposto, para analisar os julgados e opiniões doutrinárias, no intuito de gerar respostas para o problema levantado.

*A priori*, este estudo inclinou-se sobre a possibilidade de utilizar a interceptação telefônica como meio de prova no processo penal, desde que tal utilização se dê para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (ou em situações especiais), é possível que a interceptação sem ordem judicial seja aproveitada no processo penal como prova válida, quando se destinar a beneficiar o réu ou for possível proceder à ponderação de interesses.

Objetivou-se descrever os parâmetros legais necessários para que a interceptação telefônica seja validamente utilizada como meio de prova no Processo Penal Brasileiro. De maneira específica, buscou-se investigar as diferenças entre a prova ilícita, a ilegítima e a proibida; delimitar o conceito de interceptação telefônica, esclarecendo o que são a interceptação telefônica *stricto sensu*, a escuta telefônica e a gravação clandestina; examinar os principais aspectos do regime legal das interceptações telefônicas – a Lei nº 9.296/96 –, destacando a sua abrangência, os requisitos para o seu deferimento, a natureza jurídica e a competência para apreciação da medida; e, averiguar quais os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial acerca da (in)admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova no Processo Penal Brasileiro.

Para tanto, no primeiro capítulo, realizou-se um estudo sobre a tutela do sigilo da correspondência e de comunicação e delineou-se o conceito de interceptação telefônica, interceptação telefônica *stricto sensu*, escuta telefônica e gravação clandestina. Além disso, abordaram-se os requisitos para deferimento da interceptação telefônica; a natureza jurídica e competência para apreciação da

medida; e demais aspectos destacados da Lei nº 9.296/96. Posteriormente, no segundo capítulo apresentaram-se as principais distinções entre a prova ilícita, a ilegítima e a proibida e descreveram-se as teorias da prova ilícita no processo penal, abordando os posicionamentos contrários e favoráveis à admissibilidade e à eficácia da prova ilícita, bem como a proporcionalidade ou juízo de ponderação. Por fim, no terceiro capítulo, tratou-se da excepcionalidade da utilização das provas ilícitas e do posicionamento da doutrina e jurisprudência pátrias sobre a utilização da interceptação telefônica como meio de prova no Processo Penal Brasileiro. As considerações finais sintetizaram o esclarecimento do tema.

## 1 ASPECTOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O serviço de telefonia desenvolve-se a passos largos, ganha notoriedade na história brasileira e, cada vez mais, faz parte da vida diária das pessoas, pois tem se mostrado um meio de rápida comunicação, merecendo, inclusive, garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse aspecto, é oportuno dizer que o sigilo das comunicações telefônicas, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não possuía um diploma legal específico. Muito embora existisse a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), ela não fazia qualquer restrição quanto ao sigilo das telecomunicações. Em 1997, com o advento da Lei nº 9.472, de 16 de julho do referido ano, o supradito Código Brasileiro de Telecomunicações foi regulado com alterações inseridas pela Lei n. 9.986/2000 que trata da gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida em 9 de maio de 1996, entendeu que o artigo 57 da Lei nº 4.117/62 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e proibiu a interceptação telefônica, por entender inexistir lei específica que cuidasse da matéria:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73351 SP**. HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. (Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999, PP-00009, EMENT VOL-01943-01, PP-00007).

Em verdade, estando diante do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, o artigo 57 da Lei nº 4.117/62 do Código Brasileiro de Telecomunicações tornava-se passível de questionamentos, inclusive pelo STF.

### 1.1 BASE LEGAL E A LEI Nº 9.296/1996

A interceptação telefônica é amparada pela Lei nº 9.296/96, que tem como objetivo regular o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988. A citada lei dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações de dados telefônicos, salvo em situações de ordem judicial e, na forma que convier à lei, para investigações criminais ou instrução processual penal.

Neste contexto, essencial se faz observar as situações de interceptações telefônicas à luz da Carta Magna de 1988, para que não haja o risco de serem descritas como ilícitas e não serem aceitas no processo, conforme previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Segundo Nery Júnior (2009, p. 275), dois critérios tornam-se substanciais para o estabelecimento das hipóteses em que o juiz pode autorizar a realização da escuta telefônica, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal: “a) necessidade da interceptação como único meio para a realização da prova; b) a gravidade da infração penal que se pretende perseguir”.

Ao analisar o primeiro critério, observa-se que a Lei nº 9.296/96, em seu artigo 2º, inciso II, determina ser inviável a interceptação telefônica caso haja possibilidades de a prova ser constituída por outros meios disponíveis. Dessa feita, a interceptação telefônica somente poderá ser efetivada e autorizada pelo juiz se houver necessidade. Por outro lado, podendo ser utilizado outro meio de colher a prova e que não ofenda a garantia constitucional da inviolabilidade da comunicação telefônica descrita no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, não se procederá à interceptação.

De acordo com Nery Júnior (2009), a Lei nº 9.296/96 demonstra, na prática, o princípio da proporcionalidade, uma vez que não se justifica ofender o direito constitucional da inviolabilidade da comunicação telefônica.

O segundo critério refere-se à natureza da infração penal e, conforme se extrai da compreensão, a *contrario sensu*, do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96, alude à admissibilidade da escuta telefônica, por ordem judicial, sempre que se tratar crime apenado com reclusão.

O Ministro Paulo Brossard, em voto proferido no *Habeas Corpus* nº 69912-RS, em 26 novembro de 1993, a esse respeito disse o seguinte:

[...] Nesse caso a opção do legislador pode ser crítica, mas foi uma opção. Não seguiu, apenas, o critério sinalizado pelo STF, no sentido de que deveriam ser contempladas na lei as hipóteses que a própria Constituição Federal estabeleceu serem de extrema gravidade, como, por exemplo, os crimes inafiançáveis cometido contra o meio ambiente, contra a humanidade [...] (STF; Pleno, HC 69912-RS rel. Min. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Paulo Brossard, J. 30.6.1993, m.v. *DJU* 26.11.1993, p. 25532).

Na visão de Nery Júnior (2009), o legislador foi além ao eleger os crimes apenados com reclusão como autorizadores da escuta telefônica por ordem judicial. No entanto, ficou aquém ao deixar de contemplar crimes de ameaça e contra a honra se cometidos por meio telefônico, dentre outras situações.

## 1.2 REQUISITOS LEGAIS PARA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO PENAL

Alguns requisitos são necessários para que se proceda à interceptação telefônica, no intuito de utilizá-la no processo penal. De acordo com a lição de Nery Júnior (2009, p. 277), os requisitos mínimos para a utilização da interceptação de comunicações telefônicas são:

a) Que haja sinais consideráveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I); b) que o juiz seja competente em razão da matéria ou da hierarquia (art. 1º); c) que, se feito por escrito, o pedido seja deduzido mediante petição fundamentada, da qual deve constar, com clareza, a descrição da situação objeto da investigação criminal, a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (art. 2º § único), bem como os meios a serem empregados na escuta (art. 4º, caput). O juiz pode admitir, em situações excepcionais, que o pedido seja deduzido verbalmente (art. 4, § 1º).

Cabe, aqui, a interpretação de cada um dos requisitos supracitados, para uma

melhor aplicação legal. O primeiro requisito, que diz respeito aos indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, nada mais é que o “*fumus boni jûris*” (aparência do bom direito), exigido para a concessão de cautelares no processo civil, uma vez que a lei permite que se conceda a medida *ex officio* ou a requerimento da autoridade policial (no inquérito policial) ou do Ministério Público (no inquérito policial e no processo penal), conforme determina o artigo 3º, incisos I e II, da Lei nº 9.296/96 (AVOLIO, 2010).

Contudo, como bem descreveu Nery Júnior (2009), ao se tratar de crime que seja perseguido mediante ação penal privada ou pública condicionada à representação, a vítima, o ofendido ou o querelante, desde que preenchidos os requisitos legais, pode solicitar a ordem para a interceptação telefônica.

Essa ordem é tratada no art. 1º da Lei nº 9.296/96, sendo que o juiz deve ser aquele competente para o julgamento da ação principal, em razão da matéria ou da hierarquia. Em situações em que o investigado tem prerrogativa de tribunal, foro ou juízo, apenas o seu juiz natural será competente para autorizar a realização da escuta telefônica (CAPEZ, 2012).

Para esses procedimentos, a autoridade policial, de acordo com o artigo 7º da Lei nº 9.296/96, poderá “requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público” (BRASIL, 1996).

Estando diante do deferimento para captar uma comunicação telefônica, o resultado desse procedimento, segundo Nery Júnior (2009), será transcrito e juntado aos autos. No inquérito, a juntada ocorrerá no que antecede o relatório final da autoridade. A gravação que não resulte em prova lícita na investigação ou processo penal, certamente, será inutilizada.

O artigo 10º da Lei nº 9.296/96 tipifica crime punido com reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. Trata-se da conduta de realizar “interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei” (BRASIL, 1996).

Se o direito à inviolabilidade da intimidade (artigo 5º, inciso X, da CF/88) e das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII, da CF/88) é garantido pela Constituição Federal de 1988, existem também outros direitos que, de igual forma, são protegidos constitucionalmente, tais como o direito à vida e à liberdade, destacados como de extrema importância.

De acordo com os ensinamentos de Nery Júnior (2009), o princípio da proporcionalidade será verificado no caso de alguém sofrer ameaças por ligações telefônicas, hipótese em que o direito à intimidade e à inviolabilidade da comunicação via telefone daquele que comete a ameaça deverá ser sacrificado em favor do direito maior à vida.

Portanto, a interceptação telefônica será permitida no âmbito penal se seguir os requisitos legais presentes na Lei nº 9.296/96 e, em especial, na Carta Magna de 1988, para fins investigação criminal e instrução processual.

### 1.3 PROCEDIMENTO LEGAL PARA INTERCEPTAÇÃO

As comunicações telefônicas são fontes de prova, sendo que a natureza da interceptação telefônica em sentido estrito é de medida cautelar processual, uma vez que esse meio possibilita que se extraia a comprovação de uma infração penal ou do envolvimento de um agente com um crime, “consubstanciada em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 165).

A finalidade do procedimento legal para interceptação é a produção de prova processual penal, que será juntada aos autos para que possa ser avaliado pelo magistrado. Para que ocorra essa autorização, dois requisitos devem ser observados de forma específica: a) a determinação de uma interceptação telefônica está condicionada à existência de elementos seguros da existência de um crime, que justifique o sacrifício do direito à intimidade, exigindo-se, portanto, do *fumus boni iuris* (aparência de um bom direito) e b) deve de ser levado em consideração o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação criminal ou para a instrução processual. Trata-se do *periculum in mora*, isto é “perigo ou risco decorrente da demora em se tomar uma providência para salvaguardar um direito ou interesse” (LIMA, 2016).

O artigo 3º da Lei nº 9.296/96 prevê que 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).

De acordo com Lima (2016), o pedido da autoridade policial torna-se pertinente apenas no decorrer das investigações criminais. Muito embora a Lei nº 9.296/96 não faça referência expressa à necessidade de oitiva do Ministério Público quando a solicitação tenha partido da autoridade policial, acredita-se que a concordância do *Parquet* seja obrigatória, tal como acontece nos casos de prisão temporária (Lei nº 7.960, artigo 2º, § 1º) e de prisão preventiva, uma vez que é ele o titular da ação penal pública, conforme descrito no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal e, portanto, destinatário final das investigações policiais.

Ainda nesse contexto, Oliveira (2015) enfatizou que para que seja iniciada a interceptação telefônica, cabe a autoridade policial e, de forma essencial, exaurir todos os meios necessários cabíveis e disponíveis para obter o meio de prova capaz de incriminar o sujeito da investigação.

A interceptação telefônica está condicionada à prévia autorização judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII, da CF/88).

Por força da Constituição, são pressupostos da interceptação telefônica “a) ordem judicial devidamente fundamentada b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer c) para fins de investigação criminal (medida cautelar preparatória) ou instrução processual penal (medida cautelar incidental) (LIMA, 2016, p. 738).

A vítima, nos crimes de ação penal pública, não possui legitimidade para requerer a interceptação pública, mesmo que tenha se habilitado como assistente no processo. Por sua vez, o artigo 3º da Lei nº 9.296/96, em momento algum, menciona a possibilidade de tal fato ocorrer, mas nada impede que o defensor ou acusado insista com a autoridade policial ou o órgão ministerial para que exerça sua legitimidade (LIMA, 2016).

De acordo com Oliveira (2015), a autoridade responsável deverá relatar as informações pertinentes à interceptação telefônica, de modo a justificar, de forma clara, o porquê da sua realização e qualificar o envolvido, descrevendo a autoria ou a sua participação no delito.

O artigo 5º da Lei nº 9.296/96 prescreve que a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, “renovável por igual tempo uma vez

comprovada a indispensabilidade do meio de prova” (BRASIL, 1996). Esse prazo, segundo Lima (2016), inicia-se no dia em que a medida é efetivada. Cabe ainda ressaltar que esse é o prazo limite para cada autorização judicial, não havendo impedimento para que o juiz faça concessão com prazo inferior, por entender ser aplicável e suficiente às investigações.

De acordo com o artigo 6º da Lei nº 9.296/96, ao ser “deferido, o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.

Quanto à renovação do prazo, é possível. No entanto, o artigo 5º, inciso XII, da Lei nº 9.296/96 determina que a renovação do prazo da interceptação não pode ocorrer de maneira automática, sendo imprescindível a justificativa, por meio de relatório, para que se conceda à prorrogação.

Cabe ressaltar, também, que o pedido de prorrogação de prazo deverá ser fundamentado por meio de relatório circunstanciado da Polícia, com a explicitação das conversas e da necessidade da continuação das investigações (LIMA, 2016).

De acordo com o artigo 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96, ao ser cumprida a diligência, a autoridade deverá encaminhar ao Ministério Público o resultado das operações realizadas, acompanhado de auto circunstanciado contendo o resumo das aludidas operações.

Conforme descrito pela 1ª Turma do STF, nos autos do Habeas Corpus nº 87.859/DF, mesmo não obtendo êxito na interceptação, o auto circunstanciado:

[...] torna-se essencial à valia da prova resultante de gravações de áudio e interceptação telefônica, sendo que eventual vício dele constante é considerado causa da nulidade relativa (STF, 1ª Turma, HC 87.859/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12/06/2007, DJe 101 13/09/2007).

Recebidos os elementos, o Juiz determinará sua autuação em apartado, ficando apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, transcrições e gravações. Após o apensamento aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, os elementos obtidos poderão servir para a formação da *opinio delicti* do órgão ministerial ou, ainda, influenciar na formação da convicção do magistrado (LIMA, 2016).

## 1.4 ESPÉCIES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Existem alguns meios que são aceitos como provas lícitas e na hipótese de atenderem aos requisitos legais, poderão ser admitidas em processos judiciais. De acordo com Lima (2016), a captação do teor de uma comunicação para servir de prova poderá ser feita da seguinte forma: interceptada por uma terceira pessoa sem o conhecimento dos comunicadores; captada por um terceiro com o conhecimento de um dos comunicadores; mediante captação ambiental entre presentes por um terceiro sem o consentimento dos demais e, em outra situação, com o conhecimento de, pelo menos, um deles; por meio de gravação clandestina sem ou com o conhecimento de um dos participantes da comunicação.

A partir desse contexto, torna-se imprescindível diferenciar os institutos da interceptação telefônica que mais interessam neste estudo, quais sejam a escuta telefônica e a gravação clandestina, que são citados tanto nas doutrinas quanto na jurisprudência com enorme imprecisão e que, diante das suas diferenças, poderão apresentar disciplinas legais diversas.

### 1.4.1 Interceptação telefônica ou interceptação em sentido estrito

O termo interceptar é descrito no Dicionário da Língua Portuguesa Houaiss (2009, p. 1096) como “interromper curso de, fazer parar, deter, captar ou apreender aquilo que é dirigido a outrem”.

Entretanto, ao recorrer à Lei nº 9.296/96, identificou-se outro significado de interceptação telefônica. O legislador a descreveu como um ato de captar a comunicação telefônica de outra pessoa com a participação de um terceiro. Nesse caso, é essa terceira pessoa que passa a ter acesso ao conteúdo de comunicação telefônica alheia, sem que os comunicadores tenham conhecimento, fato que se denota como interceptação em sentido estrito.

Segundo Lima (2016), a interpretação dada à escuta telefônica e à gravação telefônica em nada se parece com o conceito de interceptação telefônica. Na interceptação, os interlocutores não têm ciência de que há um terceiro captando a

sua comunicação; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da interferência de um terceiro na comunicação; já na gravação telefônica, um dos comunicadores é que exerce a função de captar as mensagens, sem a interveniência de um terceiro.

#### **1.4.2 Escuta telefônica**

No caso da escuta telefônica, diferentemente da interceptação telefônica, a gravação é feita por terceira pessoa, mas um dos interlocutores tem conhecimento de que está sendo captada a conversa. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que “familiares da pessoa sequestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquela que sofre intromissões ilícitas e anônimas, por meio do telefone, em sua vida privada, autoriza que um terceiro faça a interceptação telefônica” (LIMA, 2016, p, 724).

Oportuno dizer que a interceptação telefônica, seja ela de qualquer natureza, para que sirva como prova em investigação criminal e em instrução processual penal, deverá estar disciplinada conforme o *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

#### **1.4.3 Gravação telefônica clandestina ou sub-reptícia**

A gravação telefônica ou gravação clandestina é a situação em que é gravada o teor de uma conversa telefônica por um dos comunicadores, ou sem que o outro comunicador saiba, daí falar-se em gravação clandestina (LIMA, 2016).

Já no que se refere à licitude de provas obtidas por gravação clandestina, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem reconhecendo como lícita a gravação feita por um dos comunicadores, admitindo como prova no processo criminal:

OBTIDA MEDIANTE GRAVAÇÃO FEITA EM FITA MAGNÉTICA. INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. - Conforme salientou o v. acórdão recorrido, a gravação foi feita por um dos interlocutores. Tal circunstância exclui a ilicitude do meio de obtenção da prova. O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, tem entendido que não há qualquer violação constitucional ao direito de privacidade quando “a gravação de conversa telefônica for feita por um dos interlocutores ou com sua autorização e sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último” (HC 75.338/RJ, Rel. Ministro NELSON JOBIM, DJU 25.09.1998): - No que tange a possível ausência de intimação da defesa para a audiência de oitiva da testemunha de acusação, o recurso não merece melhor sorte. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que intimado o defensor do réu da carta precatória, desnecessário sua intimação para audiência de oitiva de testemunha. - Recurso desprovido. (Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 03/04/2001, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 489, vol. 42 p. 291, vol. 147 p. 263, vol. 795 p. 543).

A prova, no caso de gravação clandestina, somente será considerada ilícita se a forma de obtenção da mesma resultar em violação a outros princípios constitucionais. Nessa hipótese, muito embora não se enquadre a gravação clandestina no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, encontra-se relacionada à inviolabilidade da intimidade, também inserida no inciso X do mesmo dispositivo constitucional.

## 2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL

No intuito de se buscar a verdade real dos fatos e promover a amplitude probatória, são aproveitados outros meios de prova disciplinados no Código Processo Penal (CPP). Contudo, deve-se reconhecer a existência de limites.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, trata do principal obstáculo para a utilização de quaisquer meios de prova, de forma que consagra a inadmissibilidade, no processo, de algum meio de prova que caracterize ilicitude.

Segundo Távora e Alencar (2011), seria impensável uma investigação criminal sem limites, sem parâmetros, em que os fins justificassem os meios, admitindo, inclusive, provas ilícitas. Nesses termos, o Estado Democrático de Direito não admite a prova ilícita, tornando inerente a sua vedação e, conseqüentemente, a punição daquele que a apresentou.

De acordo com Távora e Alencar (2011, p. 361), a prova será classificada como proibida ou vedada ou, ainda, ilegítima, sempre que sua produção violar a lei ou princípios de direito material ou processual, conforme o caso, como se vê:

As provas ilícitas violam o direito material ou princípios constitucionais penais (interceptação telefônica realizada sem autorização judicial – Art. 10 da Lei nº 9.296/96). Já as provas ilegítimas violam as normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie (laudo pericial suscrito por apenas um perito não oficial – Art. 159, § 1º, CPP).

Nesses termos, a compreensão *a priori* é de que a prova ilícita, no ordenamento jurídico brasileiro, deverá ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo e que condiz com a importância devida aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse de uma sociedade que almeja a eficácia da justiça diante dos delitos (MARTINELLI, 2012).

## 2.1 CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E O ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.296/96

O artigo 10 da Lei nº 9.296/96 faz a previsão da interceptação ilícita como crime e vai além ao tratar de tipo penal que criminaliza a conduta de grampear comunicações telefônicas de outrem, denotando o real sentido do conceito de interceptação telefônica.

Artigo 10 – Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.  
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa (BRASIL, 1996).

O artigo 10 da Lei nº 9.296/96, *novatio legis* incriminadora que versa sobre o direito de realização de interceptação telefônica ou quebra de segredo da justiça sem autorização judicial, promove dúvidas quanto à aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (artigo 5º, inciso XL, da CF/88), estando o âmbito de incidência da novel figura delituosa limitado aos fatos ocorridos a partir de 25 de julho de 1996 (LIMA, 2016).

À exceção do referido dispositivo legal, de natureza penal, ao qual se aplica a regra do direito intertemporal do artigo 5º, inciso XL, da Carta Magna de 1988, os demais dispositivos da Lei nº 9.296/96 têm natureza genuinamente processual, não afetando o direito de liberdade do agente. Em relação a eles, incide o princípio da aplicação imediata (*tempus regit actum*), nos exatos termos do artigo 2º do CPP.

Logo, mesmo que o crime tivesse ocorrido antes da data de vigência da lei, seria possível a autorização da interceptação telefônica, seja no curso da investigação criminal ou no curso da instrução processual penal, desde que a autorização judicial fosse determinada após a vigência e nos exatos termos da Lei nº 9.296/96. Alertou Lima (2016), nesse sentido, que isso não significa dizer, todavia, que a Lei nº 9.296/96 teve o condão de convalidar ou legitimar interceptações telefônicas autorizadas no momento que antecede a sua vigência.

## 2.2 CONSEQUÊNCIA DO USO DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

A prova ilícita encontra previsão no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, tornando-se inadmissível para fundamentar a propositura da ação penal, para o desenvolvimento da persecução penal e da sentença condenatória e encontra previsão, colocando limitação ao convencimento do julgador.

No caso de ação penal que tenha se fundamentado apenas na prova ilícita, caberá a decretação de nulidade, não sobrevivendo qualquer efeito condenatório da mesma. Nesse sentido, o STF decidiu pela nulidade das provas de interceptação telefônica, encontrando fundamento no princípio de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos previsto na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LVI):

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81154 SP**. HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. (Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 02/10/2001. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00341).

Importante ressaltar que ao ser detectado o vício na prova enquanto tal ou no procedimento de confecção, bem lembrou Távora e Alencar (2011) que o magistrado, após ouvir as partes, deverá determinar que a prova ilícita seja desentranhada e, uma vez preclusa a decisão, será destruída, facultando às partes acompanhar tal expediente.

## 2.3 DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA (ARTIGO 157 DO CPP)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, além de dar garantias fundamentais ao indivíduo, delimita os tipos de provas a serem aceitas no processo e proíbe o uso de provas ilícitas.

O artigo 157 do CPP, por sua vez, reafirma a inadmissibilidade seja da prova ilícita, seja da prova ilícita por derivação.

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, 1941)

Tanto a prova ilícita por derivação como a prova ilícita originária devem ser rejeitadas ou desentranhadas do processo, a fim de evitar o convencimento equivocado do julgador. A partir daí, tendo os vícios afastados, o curso do processo segue normalmente.

O legislador havia previsto no § 4º do supracitado artigo 157 do CPP que o juiz que tivesse contato com a prova descrita como ilícita estaria impedido de proferir decisão, devendo remeter os autos ao substituto legal (BRASIL, 1941). No entanto, o aludido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, após inúmeros debates, o que não impede o magistrado, por entender os efeitos da prova ilícita, decline *ex officio* e demonstre incompatível para sentenciar.

O *caput* do artigo 157 institui que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo. Já o § 3º decide pela retirada da prova do processo e a sua destruição.

A respeito da destruição da prova ilícita, lecionou Távora e Alencar (2011) que se torna substancial interpretar com cautela tal medida, uma vez que ela poderá implicar na eliminação da materialidade de algum crime cometido para realizá-la, como a falsificação de documentos público ou uma falsa perícia, mas também e não menos importante poderá haver equivoco na aferição da falsidade e promover, nesse caso, a perpetuação da injustiça, condenando um inocente. A melhor decisão seria, segundo os doutrinadores, submeter os fatos ao Ministério Público para as devidas avaliações quanto à responsabilidade pela prática de eventual infração, ou que fosse determinado o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final, deixando a prova ilícita apartada dos autos e em total sigilo (TÁVORA; ALENCAR, 2011).

### 3 UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO ILEGAL

Muito embora a legislação brasileira manifeste-se de forma expressa quanto à inadmissibilidade de provas ilícitas no processo (artigo 5º, inciso LVI, da CF/88), o que representa uma limitação ao direito de punir do Estado, a jurisprudência manifestou a esse respeito e, também, os doutrinadores Carvalho (2009), Greco Filho (2015) e Lima (2016) já descreveram a compreensão de que nenhum preceito fundamental pode ser interpretado de forma absoluto.

Na dicção do Ministro Celso de Mello:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23452 RJ [...] Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...] (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

Segundo Greco Filho (2015), nenhuma regra constitucional é absoluta, tendo em vista a necessidade de haver confronto entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, para que se possa versar sobre aceitar ou não a prova obtida por meio ilícito.

Nesses termos, os interesses constitucionais deverão ser observados por meio do princípio da proporcionalidade. Lecionou Carvalho (2009) que é possível analisar, sob a ótica da moderna hermenêutica constitucional, a ponderação da aplicabilidade do uso da prova por meio ilícito. Para essa corrente intermediária, é

possível que a prova ilícita seja aceita, em casos excepcionais, quando, no caso, busca-se a tutela de valores de maior importância do que aqueles infringidos na colheita da prova e, também, constitucionalmente resguardados.

### 3.1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL COMO MEIO DE PROVA

Quanto à admissibilidade da prova ilícita, somente serão recusadas no processo as provas que violem as normas instrumentais, uma vez que apenas estas têm a aprovação de natureza específica processual. Sob essa ótica, a prova ilícita enquadra-se como válida, sendo o seu maior problema para aceitação, subjetivo, punindo o infrator do direito material com o castigo condizente (ARANHA, 2008).

A teoria da proporcionalidade, segundo Avolio (2010), tem base doutrinária e jurisprudencial e pode ser aplicada em situações em que a prova ilícita é inadmissível, permitindo que o Poder Judiciário confronte os valores constitucionais relevantes: a vedação da provas colhidas por meios ilícitos e todas as garantias que originam desse princípio, e o outro seria o interesse social na evidência da apuração adequada da veracidade processual.

### 3.2 USO EXCEPCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL EM FAVOR DO RÉU

É de aceitação jurisprudencial e doutrinária, o princípio da proporcionalidade para a aplicação da prova ilícita na hipótese de esta destinar-se a beneficiar o réu.

Quanto à prova ilícita, Távora e Alencar (2011) entendem que essa pode ser aceita em favor da inocência. Assim, seria possível evitar a condenação imprópria. No entanto, deve-se avaliar a real necessidade de fazer uso da prova ilícita para a persecução penal e o seu grau de ajuda para demonstrar a inocência.

Importante se faz confrontar a proibição de prova ilícita baseada no interesse de proteção a um direito fundamental e o direito a provar a inocência de alguém. Esse último prevalece, uma vez que a liberdade e a dignidade da pessoa humana

têm alto valor na concepção da sociedade democrática, mesmo porque ao Estado não interessa punir quem é de fato inocente e tornar impune aquele de fato cometeu o delito (ASSIS, 2009).

Entende-se que o direito de defesa descrito no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, devem preponderar no confronto com o direito de punir. Assim, seria a inocência comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos.

Segundo Lima (2016), a punição de um inocente não pode interessar ao Estado, o que produziria a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, em relação ao acusado que produzir um ato ilícito em busca de promover sua defesa de modo efetivo no processo penal, entende-se que a sua atuação não seria ilícita, eis que se encontra amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Certamente se a prova ilícita pode ser usada em favor do réu, no intuito de se obter um decreto absolutório, não pode servir de prova contra qualquer pessoa (LIMA, 2016).

Sustentou Távora e Alencar (2011) que a prova aparentemente ilícita deve ser reputada como válida quando a conduta do agente na sua captação encontrar-se protegida pelo direito (excludentes de ilicitude). A ilicitude é apenas aparente, ficta, pois a legítima defesa e o estado de necessidade autorizam a medida.

O STF já se pronunciou, em diversos julgados, a favor da licitude da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, desde que em determinadas circunstâncias O Ministro Hamilton Carvalhido julgou o *Habeas Corpus* nº 12.266/SP e entendeu que:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 12266 / SP**. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO. 1. “As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)” (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383).

2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. 3. Recurso improvido. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU. Seção 1. 20/10/2003. p. 298)

Em suma, a prova colhida violando os direitos fundamentais deve ser aceita pelo órgão julgador se caso for aplicado o princípio da proporcionalidade para provar a inocência do réu e que este seja o único meio necessário, considerando a proporcionalidade estrita, ou seja, a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser tutelado. Fato é que, não importando qual seja a excludente de antijuridicidade, se legítima defesa, estado de necessidade ou outro, na admissão de provas ilícitas *pro reo*, ocorre a ponderação de interesses própria da proporcionalidade (ÁVILA, 2007).

### 3.3 PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A INTERCEPTAÇÃO ILEGAL EM DESFAVOR DO RÉU

A doutrina e a jurisprudência concordam quanto à possibilidade de se utilizar, no processo penal, a prova ilícita em favor do réu, mesmo que colhida infringindo os direitos fundamentais seus ou de terceiros. Por outro lado, há intensa discussão quanto à possibilidade de utilização dessas provas ilícitas em favor da sociedade (LIMA, 2016). Assim, a aceitação da prova ilícita *pro reo* tem sido acolhida de forma pacífica, não se podendo dizer o mesmo quando o assunto é a proporcionalidade em desfavor do cidadão.

Segundo Moreira (1996 *apud* LIMA, 2016, p. 631), a aplicação do princípio da proporcionalidade também permite usar a prova ilícita em favor da sociedade, nas suposições de “criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, restituindo, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial da persecução criminal”.

Já na lição de Pacheco (2008), a proporcionalidade serve como fundamentação para ser aceita a prova ilícita, bem como para a acusação, *pro societate*, com base no princípio da isonomia.

Para melhor entendimento, Fernandes e Fernandes Bajer (2002, p. 87-88) apontaram caso concreto em que presos em situação de fuga tiveram suas

correspondências violadas sem prévia autorização judicial (Lei nº 7.210/84, artigo 41, parágrafo único):

[...] diante dessa atitude foi possível descobrir a tempo um plano de fuga com objetivo de sequestrar um Juiz de Direito quando todos estivessem reunidos em audiência. A defesa contestou a admissibilidade de prova diante da violação de correspondência, no entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a administração penitenciária pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, § único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência dos sentenciados.

Nesse contexto, é possível compreender que admitir a prova ilícita *pro societate* somente seria possível se aplicada em situações extremas, sob pena de se atribuir ao Estado uma legitimidade extensa e incondicional para violar direitos fundamentais, ignorando o preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso LVI, que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LIMA 2016).

#### 3.4 TEORIA DA CONTAMINAÇÃO PARCIAL (ARTIGOS 566 E 573, § 1º, CPP)

Neste contexto, importante é a redação contida no artigo 573, § 1º, do CPP, ao se referir à prova ilícita:

Art. 573 – Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.  
 § 1º – A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.  
 [...] (BRASIL, 1941).

Nesse caso, é fundamental que seja verificada a eventual contaminação que a prova ilícita produziu em outras provas e, até mesmo, na sentença. Em relação à contaminação pelas provas ilícitas, a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou § 1º do artigo 157 da Lei de Interceptação Telefônica, que passou a assim determinar: “§ 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” (BRASIL, 1996).

Evidencia-se que, se os atos estão ligados entre si e um é nulo, os demais atos que dele dependam certamente o serão. De acordo com Assis (2009), de

nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam.

Segundo Távora e Alencar (2011), a produção de prova ilícita pode ser demasiadamente prejudicial para o processo. Os efeitos de uma prova ilícita poderão ir além da prova viciada e contaminar todo o material dela decorrente. Nesses termos, em um juízo de causa e efeito, tudo aquilo que foi originário da prova ilícita é inutilizável e, conseqüentemente, deve ser desentranhado dos autos.

A respeito da teoria da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), pronunciou o STF (HC nº 69.912-0, DJ 25/3/1994, p. 6012) no sentido de que a prova ilícita (árvore) tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Desse modo, estando diante de uma prova ilícita que foi obtida mediante tortura, cujas informações levaram à condição de uma busca e apreensão, esta, por sua vez, estará contaminada. Sendo as provas ilícitas, as suas derivadas também o serão; mesmo que formalmente perfeitas, estarão contaminadas na sua origem.

Os atos contaminados deverão ser identificados pelo juiz, que, por sua vez, deverá declarar de forma expressa tal situação. Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009) citaram duas regras essenciais para se identificar a existência ou não da contaminação dos atos seguintes: se houve nulidade dos atos da fase postulatória, anula-se todo o processo; se houve nulidade de atos da fase introdutória, não contamina os demais atos.

De acordo com o artigo 573, § 2º, CPP “o juiz que pronunciar a nulidade deve declarar os atos a que ela se estende” (BRASIL, 1941). Essa dependência é lógica, e não cronológica.

O princípio da causalidade lida de forma clara com os atos que possivelmente serão anulados e que, por seu turno, contaminarão os demais que dele dependem. Esse princípio divide-se em nulidades originárias e nulidades derivadas. A nulidade originária tem relação com o vício identificado pelo Magistrado de forma inicial, não projetando anulação dos demais atos. Já a nulidade derivada é identificada no decorrer do processo, momento em que outros atos foram já descritos, gerando, portanto, nulidade a todos os dependentes (NUCCI, 2016).

O princípio da causalidade, segundo Nucci (2016), de certa forma, encontra-se subordinado ao princípio da convalidação, pois se um ato “nulo” atingiu seu propósito sem contaminar nenhuma das partes, não há porque se falar em nulidade do mesmo.

O princípio da convalidação, por sua vez, encontra-se norteado pelo artigo 566 do CPP, segundo o qual “não incorrerá em nulidade do ato processual se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (BRASIL, 1941).

Nesses termos, declarou Nucci (2016) que, não decorrendo prejuízo, não há que se falar em nulidade, preservando os atos praticados e mantendo a regularidade do processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interceptação telefônica é objeto de estudo de variados pesquisadores no mundo jurídico por exercer influência significativa em um processo de investigação criminal, em razão de tornar-se meio de prova cada vez mais empregado no Processo Penal Brasileiro e por ser um instrumento poderoso de ingerência no direito à intimidade dos indivíduos, direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Diante do exposto, na hipótese de existir alguma ilegalidade no procedimento de interceptação telefônica, excepcionalmente, poderá ela ser admitida no processo, quando destinar-se a beneficiar o réu. Nesse caso, aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade, em que, sopesando os bens jurídicos, o direito à liberdade, por ser o de maior valor, será garantido em detrimento do direito à intimidade.

Ocorre que os Princípios Constitucionais apontam para o caminho certo, buscando regular os imprevistos processuais, de forma a amparar o julgador e as partes acerca do uso das suas alegações, tanto no Código de Processo Penal, quanto na Constituição.

Mister se faz constar a aplicação da proporcionalidade às provas ilícitas, vez que esse princípio já integra o sistema jurídico brasileiro. Certamente, não se pode mais considerar a existência de princípios absolutos, inclusive o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Em verdade, nem sempre logrará êxito a garantia da inadmissibilidade, nem mesmo ao se considerar que o processo deverá atingir o seu fim que é a justiça. Afinal, nem sempre o princípio da exclusão determinará o efeito dissuasório de forma efetiva, tendo em vista que afastar a prova obtida de forma ilícita do processo não impedirá os agentes da investigação criminal, que poderão repetir a prática das ilegalidades probatórias.

A propósito, é preciso ratificar que a abordagem da gravidade do crime como critério isolado para admissão de uma prova ilícita deve ser excepcional, sendo a

flexibilização regida pelo princípio da proporcionalidade. Ademais, o princípio da proporcionalidade é hábil para a flexibilização da norma constitucional da inadmissibilidade, contudo, não expressa critérios objetivos que dêem garantias de aplicabilidade. Sob essa ótica é que a jurisprudência nacional acolhe, com cautela, a aplicação da proporcionalidade na seara das provas ilícitas, mormente em prejuízo ao acusado. Todavia, insere a compreensão de que não há o porquê de se tornar prudente a aplicação do princípio da proporcionalidade também *pro societate* e não tão somente *pro reo*.

Este estudo, portanto, demonstrou relevância em razão de o sigilo em tela representar tutela imperiosa para a consecução de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, em que se prioriza o respeito às prerrogativas de cada pessoa humana. Por outro lado, numa segunda análise, o estudo ora proposto revelou-se importante, maiormente, em razão da cogente necessidade de se reconhecer que, apesar de ser um direito constitucionalmente assegurado, nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, desde que respeitados certos pressupostos, a interceptação de correspondências e comunicações.

O tema proposto demonstrou, ainda, um importante ganho científico, uma vez que permitirá demonstrar aos operadores do Direito o tratamento e os parâmetros legais a serem observados para tornar válida a prova colhida com base na interceptação telefônica e, em especial, sem a violação ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

Noutra vertente, em razão do crescente e desenfreado desenvolvimento dos meios de comunicação, a necessidade de as pessoas resguardarem a sua intimidade e o sigilo das suas correspondências e comunicações torna-se cada vez maior. Diante deste cenário, ocorre importante ganho social, na medida em que possibilita demonstrar à sociedade os mecanismos existentes para resguardar os direitos constitucionalmente assegurados, bem como demonstrar as situações em que os mesmos podem ser relativizados, ante o princípio da proporcionalidade.

Por fim, vislumbra-se o ganho pessoal a partir da obtenção de conhecimentos específicos sobre a tutela do direito ao sigilo de correspondência e de comunicação, bem como de todo o tratamento legal atribuído à interceptação telefônica e a sua válida utilização no processo penal brasileiro. A ampliação dos conhecimentos sobre esses assuntos, indubitavelmente, legitima a formação profissional do pesquisador.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatórios Consolidados - Indicadores de 2012 a 2014**. ANATEL, 10 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/index.php/2015-02-04-18-43-59>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

ARANHA, Adalberto José. Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 11. ed. São Paulo, 2008.

ASSIS, Dnieper Chagas. Provas ilícitas no processo penal – vedação constitucional e o direito de defesa. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba/MG, v. 12, n. 16, p. 169-185, maio 2009. Disponível em: <<http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus16.pdf>>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm)>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm)>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, de 1962, Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm)>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 9735 SP 2000/0022132-5.** PROCESSO PENAL. PROVA OBTIDA MEDIANTE GRAVAÇÃO FEITA EM FITA MAGNÉTICA. INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 03/04/2001, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 489, vol. 42 p. 291, vol. 147 p. 263, vol. 795 p. 543). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/304634/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-9735-sp-2000-0022132-5>>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 12266 / SP.** RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO. STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU. Seção 1. 20/10/2003. p. 298. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2349332/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12266-sp-2001-0198842-0>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 87.859/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12/06/2007, DJe 101 13/09/2007). SITE E DATA.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73351 SP.** HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO

EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999, PP-00009, EMENT VOL-01943-01, PP-00007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701969/habeas-corporus-hc-73351-sp>>. Acesso em: 9 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81154 SP**. HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 02/10/2001. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00341. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776574/habeas-corporus-hc-81154-sp>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23452 RJ**. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º). LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO. DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **HC 69912-RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Paulo Brossard, J. 30.6.1993, m.v. DJU 26.11.1993, p. 25532. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corporus-hc-69912-rs/inteiro-teor-100465723>>. Acesso em: 30 de abril de 2016.

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

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Paulo César Leite; FERNANDES BAJER, Geórgia. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Fortaleza: JusPodivm, 2016.

MARTINELLI, Lisandro. Embriaguez ao volante X não autoincriminação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3401, 23 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22832>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

NERY JUNIOR, Nestor. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Anderson Rodrigo. A Nova Aplicabilidade da Interceptação Telefônica para o Superior Tribunal de Justiça. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres**, Londrina, v. 16, n. 2, p. 126-135, set., 2015.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetrus, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2011.